Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Kai Ambos (Hg.)

Europäisches Strafrecht post-Lissabon



Universitätsverlag Göttingen

Kai Ambos (Hg.)

Europäisches Strafrecht post-Lissabon



erschienen als Band 14 in der Reihe „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2011

Kai Ambos (Hg.)

Europäisches Strafrecht post-Lissabon

Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften

Band 14



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Institut für Kriminalwissenschaften
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Anschrift des Herausgebers
Prof. Dr. Kai Ambos
Institut für Kriminalwissenschaften
Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Rechtsvergleichung und internationales Strafrecht
Platz der Göttinger Sieben 5
37073 Göttingen

e-mail: lehrstuhl.ambos@jura.uni-goettingen.de

Satz und Layout: Stefanie Bock
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-021-7
ISSN: 1864-2136

Inhalt

Einführung

Der vorliegende Band enthält Beiträge zum „Europäischen Strafrecht post-Lissabon“, die zum einen aus Referaten zu dem gleichnamigen (IV.) Kolloquium des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen (2. Juli 2010) hervorgegangen sind und zum anderen eigens für diesen Band erstellt wurden (Hecker, Rackow). Der Stand der Beiträge ist Ende 2010/Anfang 2011, wobei einige Autoren von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, ihre Beiträge zum 18. Juli 2011 zu aktualisieren.

I.

Bernd Hecker, Trier, erörtert in seinem Beitrag „**Europäisches Strafrecht post-Lissabon**“ die strafrechtsrelevanten Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon. Nach einem kurzen Überblick über die Änderungen und einen Hinweis auf das bereits davor bestehende „integrierte System“ im Bereich der europäischen Strafrechtspflege wird zunächst der Begriff des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als Grundlage der polizeilich-justiziellen Zusammenarbeit post-Amsterdam erläutert, um anschließend auf einzelne Formen des integrierten Systems einzugehen. Nach Ansicht des Autors bleibt der Lissabonner Vertrag im Bereich der Kooperation und Koordination bewährten Strukturen ausdrücklich treu. Diese beruhten insbesondere auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und dem damit verbundenen Doppelverfolgungsverbot aus Art. 54 SDÜ. Hinzu komme die Koordination der grenzüberschreitenden Kooperation durch Europol und Eurojust.

Was die fehlende Strafrechtssetzungskompetenz der EU angehe, so werde nach wie vor versucht, diese über das aus der Unionstreue abgeleitete Prinzip der Assimilierung auszugleichen, wonach Verstöße gegen Unionsrecht mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen (Mindesttrias) ähnlich zu verfolgen seien wie Verstöße gegen nationales Recht (Gleichstellungserfordernis).

Dadurch werden die Mitgliedstaaten gezwungen, einen strafrechtlichen Mindeststandard zum Schutz von Unionsinteressen zu gewährleisten. Die dadurch erreichten Harmonisierungseffekte seien jedoch begrenzt.

Deshalb sei die (weitere) Harmonisierung von zentraler Bedeutung, wenn es auch dabei weder um die Schaffung supranationaler Straftatbestände noch um eine Vollharmonisierung, sondern lediglich um eine Mindestangleichung grenzüberschreitender Kriminalitätsbereiche gehe (Art. 83 Abs. 1 AEUV). Insbesondere um Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden, könne auch in Bereichen wie Umwelt- oder Verbraucherschutz strafrechtlich harmonisiert werden. Dies folge aus der im Vertrag von Lissabon nun erstmals im Primärrecht enthaltenen Annexkompetenz, die vom EuGH in mehreren Urteilen entwickelt wurde. Sie bedürfe neben der Nennung in Art. 83 Abs. 2 AEUV jedoch einer weiteren primärrechtlichen Grundlage, da das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung weiterhin gelte (Art. 5 EUV, Art. 2 Abs. 1 AEUV). Im Übrigen finde Harmonisierung immer ihre Grenze im Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art 5 Abs. 1, 3 bzw. 4 EUV), sodass die Union außerhalb ihrer ausschließlichen Zuständigkeit nur tätig werden könne, sofern und soweit die Ziele nicht auf mitgliedsstaatlicher Ebene ausreichend verwirklicht werden können. Ebenso begrenzend wirke die Notbremse aus Art. 83 III AEUV, die der Mitgliedstaat auslösen könne, wenn „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ berührt seien. Schließlich habe sich durch die Vergemeinschaftung der Dritten Säule das Rechtsetzungsverfahren geändert, sodass nun das ordentliche Verfahren einschlägig sei. Von der Harmonisierungskompetenz seien sowohl der Erlass von Mindestvorschriften im Bereich des Allgemeinen als auch des Besonderen Teils sowie von Strafen umfasst. Gleichzeitig können nach Art. 325 AEUV in begrenztem Umfang auch supranationale Straftatbestände eingeführt werden, die dann von einer gem. Art. 86 AEUV einzurichtenden Europäischen Staatsanwaltschaft (EStA) verfolgt werden könnten.

Hecker kommt daher zu dem ohne Zweifel zutreffenden Schluss, dass das jetzige Europäische Strafrecht weit über eine bloße Kooperation hinausgehe und durch den Lissabonner Vertrag zudem behutsam weiterentwickelt worden sei. Durch die Vergemeinschaftung der Dritten Säule, die Anerkennung einer supranationalen Strafrechtssetzungskompetenz und einer einzurichtenden europäischen Strafverfolgungsbehörde werde der Weg zu einem supranationalen Europäischen Strafrecht geebnet.

II.

Cornelius Prittwitz, Frankfurt/Main, stellt in seinem Beitrag „**Lissabon als Chance zur kriminalpolitischen Neubesinnung**“ das von einer europäischen Wissenschaftlergruppe (European Criminal Policy Initiative, ECPI) entworfene Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik vor. Prittwitz sieht den Prozess der Verstetigung des Europäischen Strafrechts als Risiko, zugleich in der zunehmenden Europäisie-

rung des nationalen Strafrechts aber auch die Chance, Rechtsprinzipien zu stärken und einer rationalen, kriminologisch informierten Kriminalpolitik den Weg zu ebnen. Zu diesem Zweck hat die im April 2008 gegründete ECPI, zu deren Mitgliedern Prittwitz gehört, in einem Manifest kriminalpolitische Leitlinien aufgestellt. Die Mitglieder der ECPI, so erläutert Prittwitz, eine die Überzeugung vom Vorhandensein politisch-historischer Grundlagen des Strafrechts. Man sei überzeugt, dass aufgeklärte Prinzipien die Kriminalpolitik tatsächlich beeinflussen können und dass Grundlage einer gewünschten „effektiven" Kriminalpolitik Prinzipien der Kohärenz und Akzeptanz sind.

Als Prinzipien des Manifests nennt Prittwitz den Nachweis eines legitimen Schutzzwecks als Grunderfordernis legitimen Strafrechts ebenso wie das Ultima-ratio-Prinzip, den Schuldgrundsatz oder das Gesetzlichkeitsprinzip. Hinzu treten Forderungen nach einer strikten Beachtung des Subsidiaritätsprinzips sowie des Kohärenzprinzips. Bei der bisherigen Strafrechtsgesetzgebung auf europäischer Ebene sei z.B. gerade eine zu vage oder zu weite Formulierung des Schutzzwecks problematisch. Andererseits gebe es auch positive Beispiele wie etwa den Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme.

Die Wirkung des Manifests bleibe abzuwarten. Es habe jedoch u.a. sehr positive Reaktionen bei der EU-Kommission und dem Europäischen Parlament ausgelöst. Gleichzeitig werde eine „Dominanz des Sicherheitsdenkens" auch weiterhin zu beklagen sein. Europa biete jedoch die Chance einer Neubesinnung und eines Abrückens von verfehlter und fehlender Kriminalpolitik.

III.

In seinem Beitrag „**Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV**" geht *Joachim Vogel*, Tübingen, zunächst auf die genannten Strafrechtssetzungskompetenzen ein. Diese geteilten Zuständigkeiten seien nach dem BVerfG aufgrund ihres den Kern staatlicher Hoheit betreffenden Charakters restriktiv zu interpretieren, was allerdings der dynamischen Auslegung der Kompetenznormen durch den EuGH widerspreche. Art. 83 AEUV erlaube nur den Erlass von Richtlinien zur Mindestangleichung und somit nur den Erlass von Unionsstrafrecht iwS. Die Änderungen post-Lissabon im Rechtsetzungsprozess (ordentliches Verfahren und qualifizierte Mehrheit) könnten positiv und negativ bewertet werden. Den Staaten verbleibe lediglich die Möglichkeit der „Notbremse" (Art. 83 III AEUV). Die Hürden seien hierfür jedoch sehr hoch.

Die Kompetenz nach Art. 83 AEUV umfasse sowohl Fragen des AT als auch des BT und des Strafmaßes in den dort genannten Bereichen, die jedoch nicht abschließend geregelt seien. Art. 83 II AEUV enthalte zudem die schon ante-Lissabon richterrechtlich entwickelte Annexkompetenz, die im Vergleich zu der vorherigen Praxis eher restriktiv formuliert sei und die zudem der „Notbremse" unterworfen werde.

Was Art. 325 AEUV angeht, so hat sich nach Ansicht von Vogel die Frage einer supranationalen Unionskompetenz zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EU auch nach Streichung des Art. 280 IV 2 EGV nicht geklärt. Auch Art. 86 II 1 AEUV biete dafür keine Grundlage. Darüber könne lediglich die Zuständigkeit einer EStA geregelt werden. Die entsprechenden Strafgesetze seien mitgliedsstaatliche, die wohl aber über Art. 325 AEUV harmonisiert werden können. Fraglich sei, ob aufgrund des weiten Anwendungsbereiches auch die „Notbremse" des Art. 83 III AEUV anwendbar sei. Insoweit dürfte es aber wohl an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen.

Die Vorhaben im Bereich der Rechtsangleichung seien mannigfaltig, was schon das Stockholmer Programm zeige. Interessant sei, dass der Rat die Kompetenzgrundlage anscheinend eher restriktiv auslege, während die Kommission eine extensive Interpretation verfolge und auf spill-over-Effekte hoffe. Die Entscheidung über die Reichweite der Kompetenzen läge jedoch beim EuGH, so wie die Entscheidung über die Ausschöpfung dieser v.a. beim Rat liege. Sofern die Grundrechte aus EMRK und GRCh beachtet würden, sei dies auch legitim. Dass dabei in kleinen Schritten vorgegangen werde, trage der Realität Rechnung. Wünschenswert sei jedoch ein „Draft Common Frame of Reference – Criminal Law".

IV.

Der Beitrag „**Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unter dem Vertrag von Lissabon**" von *Martin Böse*, Bonn, untersucht die Weiterentwicklung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung durch den Lissabonner Vertrag. Zunächst stellt Böse fest, dass die Verankerung dieses Grundsatzes im Primärrecht nicht nur zu einer Bedeutungssteigerung führe, sondern es auch zu einem Maßstab für auf dieser Grundlage erlassenes Sekundärrecht mache. Nach einem kurzen Überblick über die Entwicklung der gegenseitigen Anerkennung aus dem Recht des Binnenmarkts zu einem strafrechtlichen Grundsatz geht Böse auf die gegenseitige Anerkennung im Rechtshilfeverkehr ein. Grundlage der dortigen Anwendung sei vor allem die Sicherstellung von Mindeststandards. Zugleich würden die Grundrechte des Verfolgten durch die Einführung neuer Ablehnungsgründe, etwa des Doppelverfolgungsverbots, aber auch in begrüßenswerter Hinsicht gestärkt. Auch so könne auf den nationalen Gesetzgeber Einfluss genommen werden, wie der Rahmenbeschluss über Abwesenheitsurteile, wenn auch nicht vollkommen zufriedenstellend, zeige.

Unterschiede zur klassischen Rechtshilfe bestünden bei den zahlreichen auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beruhenden Rechtsakten insbesondere im Wegfall des Erfordernisses beiderseitiger Strafbarkeit bei Vorliegen bestimmter Delikte. Diese Regelung wurde jedoch beim Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung von Deutschland mit einem die beiderseitiger Strafbarkeit *de facto* bewahrenden Vorbehalt versehen, was mit dem Kohärenzgebot (Art. 7

AEUV) nur schwer vereinbar sei. Angesichts der Fülle unterschiedlicher Rechtsakte auf dem Gebiet der sonstigen (Beweis-)Rechtshilfe sei es begrüßenswert, dass diese nun durch die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) zumindest weitgehend ersetzt werden sollen, die zudem – aus Sicht Böses begrüßenswert – auf das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit in Gänze verzichtet. Der Lissabonner Vertrag erleichtere zudem aufgrund des Wegfalls des Einstimmigkeitserfordernisses und der Tatsache, dass die „Notbremse“ auf die gegenseitige Anerkennung nach Art. 82 I AEUV nicht anwendbar ist, den Erlass weiterer sekundärrechtlicher Instrumente.

Auf die gem. Art. 82 II AEUV zu erlassenden Rechtsakte, die für die notwendige Mindestharmonisierung sorgen sollen, seien aufgrund des nur mittelbaren Zusammenhangs mit der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit die „Notbremse“ und die „Meistbegünstigungsklausel“ anwendbar. Der Erlass von Mindestrechten im Strafverfahren sei zu begrüßen. Auch ohne solche Mindestregeln sei jedoch ein Mindestmaß an Rechten schon durch den *ordre public*-Vorbehalt und Art. 6 EMRK gewährleistet. Insofern müsse in den kommenden Rechtsakten auf jeden Fall ein zwingendes Rechtshilfehindernis bei Verletzung der Mindestrechte normiert werden; zudem müsste den Besonderheiten eines grenzüberschreitenden Strafverfahrens Rechnung getragen werden. Diese Maßnahmen könnten jedoch auf Art. 82 I AEUV gestützt werden, sodass die „Notbremse“ – was Böse begrüßt – keine Anwendung finde. Die ebenfalls in Art. 82 II AEUV genannte grenzüberschreitende Zulässigkeit von Beweisen sei jedoch mit erheblichen Problemen verbunden, da Beweise gerade keine „fertigen“ und „verkehrsfähigen“ Produkte seien. Ebenso problematisch sei die „Meistbegünstigungsklausel“ aus Art. 82 III AEUV, da ihr Anwendungsbereich nicht erkennbar sei, was im Spannungsverhältnis von Rechten des Beschuldigten und des Opfers seinen Höhepunkt finde.

Als weitere Ausprägung der gegenseitigen Anerkennung wendet sich Böse dann dem Doppelverfolgungsverbot (*ne bis in idem*) zu, das sich außer in Art. 54 SDÜ auch in dem nun verbindlichen Art. 50 GRCh befindet. Art. 50 GRCh finde auf jedes mitgliedstaatliche Strafverfahren Anwendung, weil das Gericht nach einer Aburteilung in einem anderen Staat entweder das Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) oder wenigstens die sekundärrechtliche Konkretisierung des Grundsatzes „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ) anwenden und damit Unionsrecht „durchführen“ müsse. Im Ergebnis stelle der sekundärrechtliche Art. 54 SDÜ keine Schranke zum primärrechtlichen Art. 50 GRCh dar, insbesondere dürfe das in Art. 54 SDÜ enthaltene Vollstreckungselement nicht zu einer Einschränkung von Art. 50 GRCh führen, zumal die sog. „Fluchtfälle“ auch durch eine Auslieferung zur Strafvollstreckung oder eine Übernahme der Strafvollstreckung durch den Mitgliedstaat, in den der Verurteilte geflohen ist, zufriedenstellend gelöst werden könnten. Die Anwendung des Doppelverfolgungsverbots könne im vertikalen Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten insbesondere nach Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft gem. Art. 86 AEUV besonders interessant werden.

V.

Torbjörn Andersson, Uppsala, widmet sich in seinem Beitrag „**Targeted Sanctions: How to Enforce Institutionalized Fear and Maintain the Rule of Law**" wohl einem der umstrittensten Maßnahmen zur Terrorbekämpfung, dem sog. blacklisting, bei dem die EU z.B. aufgrund Vorgaben des Sanktionsausschusses des UN-Sicherheitsrats das Vermögen von bestimmten (terrorverdächtigen) Gruppierungen und natürlichen Personen beschlagnahmt.

Blacklisting zeichne sich zunächst dadurch aus, dass die betroffene Person nicht direkt angesprochen werde und zudem die Verknüpfung von Zielen des blacklisting und den davon betroffenen Personen nicht immer verständlich sei. Auch sei das Verfahren, mittels dessen eine Person auf die Liste gesetzt werde, intransparent und gerichtlich praktisch nicht überprüfbar. Schließlich sei das Verfahren aufgrund unterschiedlicher Entscheidungsebenen sehr komplex.

Aus EU-Sicht sei „externes" und „internes" blacklisting zu unterscheiden. Bei ersterem werde die vom UN-Sanktionsausschuss beschlossene Listung bestimmter Personen und Gruppen lediglich umgesetzt, bei letzterem entscheidet der EU-Rat, wer in die Liste aufgenommen werden soll. Bedenklich sei dabei insbesondere der fehlende effektive Rechtsschutz des Beschuldigten v.a. mit Blick auf seine Eigentumsrechte. Problematisch sein insoweit u.a. die gerichtliche Zuständigkeit wegen des Vorliegens ineinander verschränkter EU- und UN-Akte, die zudem in den Bereich der GASP fallen. Nach dem Vertrag von Lissabon wurde nun die Kadi-Rechtsprechung insoweit nachvollzogen, als dass gem. Art. 215 AEUV auch nichtstaatliche Akteure Adressat von blacklisting sein können. Gleichzeitig werde versucht, Anforderungen von Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit besser Rechnung zu tragen. Beim externen blacklisting gewährleisteten die europäischen Gerichte, so Andersson, zwar grundsätzlich vollen Rechtsschutz, doch reiche dies nicht aus. Beim internen blacklisting werde zwar nur eingeschränkt europäischer Rechtsschutz gewährt, teilweise werde dieses Defizit allerdings durch nationale Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeglichen.

VI.

Der Beitrag „**Das Lissabon-Urteil des BVerfG – Die Verfassungsbeschwerde als geschärftes Instrument der Verteidigung?**" von *Frank Schorkopf*, Göttingen, beleuchtet die Möglichkeiten der Verfassungsbeschwerde gegen Unionsrechtsakte nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG und geht dabei insbesondere auf die Perspektive der Verteidigung ein. Schorkopf hebt zunächst die prominente Stellung des Strafrechts in der Praxis des BVerfG hervor, weshalb es nicht verwunderlich sei, dass sich im Lissabon-Urteil des BVerfG „elementare Aussagen zum Strafrecht" fänden. Insbesondere beinhalte das Urteil die Aussage, dass mangels hinreichender demokratischer Legitimation auf europäischer Ebene Kompetenzen der

EU auf dem Gebiet des Strafrechts sehr restriktiv ausgelegt werden müssten. Das Urteil ziehe insofern „eine sichtbare Grenze für eine ambitionierte, europaidentitäre Strafrechtsgesetzgebung." Insbesondere rücke das Urteil das Strafrecht in den Identitätskern des Grundgesetzes, der nicht Gegenstand von Kompetenzübertragungen auf EU-Ebene sein könne, ohne gegen Art. 23 I iVm Art. 79 III GG zu verstoßen.

Das BVerfG beantworte jedoch insbesondere im Hinblick auf den früher ergangenen Solange II- sowie den Bananenmarktbeschluss nicht die Frage, wie Identitäts- und ultra vires-Kontrolle mit dem Verfassungsbeschwerdeverfahren verzahnt seien. Insbesondere stelle sich die Frage, inwieweit der Beschwerdeführer eine Kompetenzüberschreitung der EU substantiieren müsse. Nach Schorkopf wäre es sinnvoll, dass eine Beschwerdebefugnis bereits nach einer ausführlichen Darlegung der Kompetenzüberschreitung angenommen würde. Dabei stelle sich jedoch zudem die Frage, welchen Umfang eine „ersichtliche Grenzüberschreitung" iSd Lissabon-Urteils haben müsse sowie inwiefern die „Europarechtsfreundlichkeit" als dogmatische Figur genutzt werden könne. Positiv sei, dass strafrechtliche Verfassungsbeschwerden aufgrund der Einordnung des Strafrechts im primären Handlungsbereich eines Verfassungsstaates beim BVerfG große Aufmerksamkeit erfahren dürften. Mit Blick auf das Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl nimmt Schorkopf an, dass die Selbstbehauptung der deutschen Verfassungsrechtsordnung auf dem Gebiet des Strafrechts am ehesten möglich sei.

Neben der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde sollte aus Sicht der Verteidigung jedoch auch der erstrebte Beitritt der EU zur EMRK und die damit einhergehende Möglichkeit der Individualbeschwerde gegen Unionsrechtsakte vor dem EGMR ins Auge gefasst werden, auch wenn diese weniger erfolgversprechend sei als die Verfassungsbeschwerde.

VII.

Der Beitrag „**Das Anerkennungsprinzip auf dem Prüfstein der Beweisrechtshilfe**" von *Peter Rackow*, Münster, geht insbesondere auf den jüngsten Richtlinienvorschlag über eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) ein. Nach einer kurzen Einführung in die völkerrechtlichen Grundsätze der Beweisrechtshilfe stellt Rackow die geschichtliche Entwicklung der gegenseitigen Anerkennung im Rechtshilferecht bis zur Erwähnung in Art. 82 AEUV dar. Anders als im Auslieferungsrecht, wo sich Auslieferung und Aburteilung trennen ließen, könnten in der Beweisrechtshilfe Ermittlungs- und Beweisgewinnungsmaßnahmen ohne die Verwertungsfragen im Hauptverfahren gerade nicht angemessen erfasst werden. Daher handele es sich bei Beweisen weniger um fertige und verkehrsfähige Endprodukte, sodass Zweifel an der Anwendbarkeit des aus dem Binnenmarkt resultierenden Prinzips der gegenseitigen Anerkennung aufkämen. Außerdem stelle sich die Frage der sachlichen Grundlage der Anerkennung bspw. im Zuge einer Euro-

päischen Beweisanordnung. Das insoweit immer wieder in Anspruch genommene gegenseitige Vertrauen der EU-Rechtsordnungen könne angesichts der Verschränkung von Beweisgewinnung und -verwertung letztlich nur aus der Qualität der Strafrechtspflege der Mitgliedsstaaten erwachsen. Derzeit ergebe sich aus der Vielzahl nationaler Regelungen eine Vielzahl unterschiedlicher Verwertungssituationen.

Die daraus resultierenden Probleme würden auch im Blick auf die einzelnen Instrumente des Sekundärrechts deutlich, denen zudem ohnehin die Bewährung in der Praxis bislang noch fehle. Dem helfe auch das Grünbuch Beweisrechtshilfe aus 2009 nicht ab, schon weil es zu vage sei. Den Reaktionen auf das Grünbuch lasse sich jedoch eine generelle Skepsis gegenüber der Übertragung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf die Beweisrechtshilfe entnehmen, was insbesondere mit den unterschiedlichen nationalen Standards zu tun habe.

Rackow geht daraufhin näher auf den jüngsten Richtlinienentwurf zur EEA ein, der sogar auf Ordnungswidrigkeiten anwendbar sei. Dabei bestehe die Gefahr von Friktionen aufgrund des unterschiedlichen Verständnisses von Legalitäts- bzw. Opportunitätsprinzip bei bestimmten Straftaten und die mit der Ermittlungsanordnung einhergehende Gefahr der Unterminierung kriminalpolitischer Grundentscheidungen. Problematisch sei auch die weite Zuständigkeitsregelung in der Ursprungsfassung, die ggf. auch Polizeibehörden als ausstellende Behörden umfasst. Gerade von deutscher Seite seien hinsichtlich der Beweisanerkennung (deshalb) Zweifel an einer tragfähigen Vertrauensgrundlage geäußert worden. Der aktuelle Vorschlag sehe daher eine Validierung der polizeilichen Anordnung durch einen Richter oder Staatsanwalt vor. In materieller Hinsicht sei insbesondere anzumerken, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vorgesehen ist. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stelle sich ausgehend vom Wortlaut des Art. 82 I AEUV die Frage, welche „Entscheidung“ durch den Vollstreckungsstaat anzuerkennen sei, da insbesondere die Prüfung der Zulässigkeit der Maßnahme in einem vergleichbaren Inlandsfall im Ausstellungsstaat in der Ursprungsfassung nicht gefordert worden sei. Bzgl. der Ablehnungsgründe fehlte in der Ursprungsfassung insbesondere eine Möglichkeit der Ablehnung bei Verstoß gegen das Doppelverfolgungsverbot oder bei Fehlen der beiderseitigen Strafbarkeit. Letztere könne jedoch in die Regelung im Falle des Nichtvorsehens von (solchen) Maßnahmen nach Recht des Vollstreckungsstaates hineingelesen werden. In der neuen Fassung sei ein Ablehnungsgrund bei Vorliegen eines Doppelverfolgungsverbots jedoch ebenso wie eine komplizierte Regelung bzgl. der beiderseitigen Strafbarkeit enthalten. Bei der Vollstreckung übernehme die EEA jedoch das aus dem EU-RhÜbk bekannte Forum-regit-actum-Prinzip, was das Problem der Fremdrechtsanwendung mit sich bringe. Bezüglich des Rechtsschutzes bleibe zu kritisieren, dass der Rechtsweg auf Anordnungs- und Vollstreckungsstaat aufgespalten werde und die neuen Regelungen im Richtlinienvorschlag insofern kaum Abhilfe schafften. Insgesamt folge daraus, dass das Potential der gegenseitigen Anerkennung in Beweissachen nicht überschätzt werden dürfe.

VIII.

Den Schluss des Bandes bildet der **Tagungsbeitrag** von *Stefanie Bock*, Göttingen, in dem noch einmal alle wesentlichen Argumente der Tagung – auch der Referenten, die keine verschriftlichte Fassung ihres Vortrags erstellt haben – zusammengefasst werden.

Ich danke den Autoren für die Überlassung ihrer Beiträge sowie meiner Habilitandin Frau Dr. Bock, meiner studentischen Mitarbeiterin Annika Poschadel und meiner Sekretärin Frau Anett Müller für ihre Hilfe bei der Herausgabe dieses Bandes.

Kai Ambos Göttingen, Oktober 2011

Europäisches Strafrecht post-Lissabon

Bernd Hecker, Trier

1 Einleitung

Am 1.12.2009 trat nach einem stockend verlaufenen Ratifizierungsprozess der von den Staats- und Regierungschefs der EU am 13.12.2007 unterzeichnete Vertrag von Lissabon in Kraft. Durch ihn gründen die Mitgliedsstaaten untereinander eine Europäische Union („Union"), der sie Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen. Grundlage der Union sind der neu gefasste *Vertrag über die Europäische Union (EUV)* und der Vertrag über die *Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)*, der den Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) ersetzt. Die Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft (EG), deren Rechtsnachfolgerin sie ist (Art. 1 UA 3 S. 3 EUV). Die frühere dritte Säule der EU – polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) – wurde in den supranationalen Bereich überführt (Art. 67, 82-89 AEUV). Die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) wurde aus dem ehemaligen Dachverband der EU ausgegliedert und besteht – abgesehen von einer institutionellen Verbundenheit mit der EU – als unabhängige internationale Organisation fort. Von besonderer Bedeutung ist, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) v. 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung nunmehr rechtsverbindlich ist (Art. 6 I EUV). Jede Rechtssetzung auf Unionsebene muss daher die Gewährleistungen der GRCh beachten. Freilich erfindet der Vertrag von Lissabon das Europäische Strafrecht nicht neu.

Bereits auf dem Boden der früheren europäischen Verträge hat sich innerhalb der EU ein *integriertes System europäischer Strafrechtspflege* entwickelt, das von den Strukturelementen *Kooperation, Koordination, Assimilierung* und *Harmonisierung* geprägt ist. Die rasante Entwicklung auf dem Feld des Europäischen Strafrechts ist vor allem den in den letzten Jahren forcierten Initiativen und Maßnahmen von Kommission und Rat zu verdanken.[1] Aber auch der EuGH hat durch einige Aufsehen erregende Entscheidungen Dynamik in die europäische Strafrechtsentwicklung gebracht.[2]

Eine Vorreiterrolle auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht nimmt der strafrechtliche Schutz der EG-Finanzinteressen ein, der spätestens seit der Finanzreform der EG im Jahre 1970 ein zentrales Anliegen der Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane darstellte.[3] Dennoch spielte das Strafrecht noch bis Ende der 1990er Jahre in den Zielsetzungen und Inhalten der Gemeinschaftsverträge im Vergleich zu anderen EU-Politikfeldern eine eher untergeordnete Rolle.[4] Die europäische Integration sollte vor allem auf ökonomischem Gebiet vorangebracht werden, also in einem Bereich, in dem die Mitgliedstaaten am ehesten zu einem Verzicht auf nationale Souveränitätsvorbehalte bereit zu sein schienen. Dass das Strafrecht in der Folgezeit immer stärker in den Fokus der EU-Politik geriet, hängt mit der besorgniserregenden Kriminalitätsentwicklung zusammen. Der gravierende Anstieg organisierter und grenzüberschreitend operierender Kriminalität ließ die Befürchtung zur Gewissheit werden, dass nicht nur unbescholtene Bürger von dem Wegfall der Kontrollen an den Binnengrenzen und der Freizügigkeit des Personen-, Dienstleistungs- und Warenverkehrs profitieren.[5] Die Zentren der Wohlstandsgesellschaften innerhalb der EU stellen begehrte Absatzmärkte für illegale Produkte und Dienstleistungen aller Art dar. Sie bilden eine Zielscheibe für kriminelle Angriffe auf geordnete Finanz-, Wirtschafts-, und Wettbewerbsabläufe.[6] Auch dürfen die Augen nicht davor verschlossen werden, dass das gesamteuropäische Haus vom Virus der Korruption und mafioser Strukturen durchsetzt ist. Hinzu kommt die latente Bedrohung durch den internationalen Terrorismus. Die Einsicht, dass auf sich allein gestellte nationale Strafverfolgungssysteme der Globalisierung der Kriminalität und ihres vielfältigen Bedrohungspotentials weithin hilflos gegenüberstehen, erzeugt einen massiven kriminalpolitischen Handlungsdruck, der

[1] *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., 2010, § 8 Rn. 9 ff., § 11 Rn. 10 ff. m. w. N.

[2] EuGHE 2005, 7879 = JZ 2006, 307 = ZIS 2006, 179 sowie EuGHE 2007, 9097 = NStZ 2008, 703 jew. zur strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz der EG mittels Richtlinien; EuGHE 2005, 5285 = NJW 2005, 2839 („*Pupino*") zum unionsrechtlichen Gebot der rahmenbeschlusskonformen Auslegung sowie EuGH EuGRZ 2007, 273 zur Gültigkeit des Rahmenbeschlusses über den europäischen Haftbefehl. Zur Kritik an der Rolle des EuGH als „Ersatzverfassungsgeber" der EU vgl. *Hefendehl*, ZIS 2006, 161 ff.; *Pohl*, ZIS 2006, 213 ff.; *Rackow*, ZIS 2007, 526 ff.; *Satzger*, KritV 2008, 17 ff.

[3] *Dannecker*, ZStW 108 (1996), S. 577 ff.; *Tiedemann*, NJW 1990, 226 ff.; *Zieschang*, EuZW 1997, 78 ff.

[4] *Perron*, Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 135.

[5] *Dannecker*, JURA 2006, 95; *v. Bubnoff*, ZEuS 2001, 165 ff.; *v. Duyne*, Die Organisation der grenzüberschreitenden Kriminalität in Europa, in: Wolf (Hrsg.), Kriminalität im Grenzgebiet, Bd. 2, 1998, S. 259 ff.; *Sieber*, JZ 1997, 369, 374 f.

[6] *Hecker* (Fn. 1), § 1 Rn. 32.

nationale Souveränitätsvorbehalte immer stärker zurückdrängt und das Europäische Strafrecht zu einem bedeutenden Pfeiler europäischer Integrationspolitik aufwertet.[7] Wie nachfolgend zu zeigen ist, stellt der Vertrag von Lissabon die verfassungsrechtlichen Grundlagen für eine kontinuierliche Fortentwicklung der europäischen Strafrechtspflege zur Verfügung. Er schreibt die bereits bestehenden Strukturelemente des Europäischen Strafrechts fort und fügt diesen ein neues hinzu, das als *sektorielle Zentralisierung der Strafrechtspflege* bezeichnet werden kann.

2 Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Der europarechtliche Grundstein für eine Verbesserung der grenzüberschreitenden polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) innerhalb der EU wurde durch den am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam gelegt, der die Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" als neues Unionsziel festgelegt (ex-Art. 29 EUV). Der Vertrag von Lissabon stellt dieses Ziel fast an die Spitze des Vertragstextes (Art. 3 II EUV). Er verspricht den Unionsbürgern die Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Diese Zielsetzung wird in Art. 67 I AEUV noch einmal mit dem Zusatz bekräftigt, dass die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden. Durch die in Art. 67 III AEUV niedergelegte Programmatik wird die Politik der inneren Sicherheit näher konkretisiert: Die Union wirkt darauf hin, durch Maßnahmen zur (1) Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität, (2) Koordinierung und Zusammenarbeit von Organen der Strafrechtspflege, (3) gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und (4) erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.

3 Kooperation und Koordination

Der Vertrag von Lissabon hält an den bewährten Strukturelementen der Kooperation und Koordinierung ausdrücklich fest. Bereits vor Inkrafttreten des Reformvertrages praktizierten die EU-Mitgliedstaaten eine intensive Zusammenarbeit nach dem *Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen*, das nach der gemeinsamen Überzeugung des Europäischen Rates, der Kommission und des

[7] *Ahlbrecht*, JR 2005, 400 ff.; *Dannecker*, ZStW 117 (2005), S. 697 ff.; *Ligeti*, Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU, 2005, S. 20 ff.; *Perron*, ZStW 112 (2000), S. 202, 204 ff.; *Vogel*, GA 2002, 516 ff.

Europäischen Parlaments ein grundlegendes Strukturprinzip darstellt (vgl. nunmehr Art. 82 I AEUV).[8] Danach sollen strafrechtliche Entscheidungen der nationalen Justizbehörden grundsätzlich ohne Prüfung in allen anderen Mitgliedstaaten Gültigkeit beanspruchen und Wirksamkeit entfalten können. Eine Ausprägung dieses Prinzips findet sich in Art. 54 SDÜ, der ein *transnationales Doppelbestrafungsverbot* statuiert.[9] Als weitere – besonders praxisrelevante – Ausformungen dieses Strukturprinzips sind der *Europäische Haftbefehl*[10] und die *Europäische Beweisanordnung*[11] zu nennen. Bemerkenswert ist, dass noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist für den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung Arbeiten an einer noch weiter reichenden Maßnahme zur Erlangung verwertbarer Beweise aus einem anderen Mitgliedstaat begonnen haben („Europäische Ermittlungsanordnung").[12] Des Weiteren sind in jüngster Zeit weitere wichtige Rechtsakte erlassen oder initiiert worden, die auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beruhen. Sie betreffen u. a. die Angleichung strafprozessualer Verfahrensgarantien, die gegenseitige Anerkennung von Sanktionen bzw. der Wirkung von Verurteilungen, den Informationsaustausch über Strafregistereinträge und die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten.[13] Die Kooperation der Mitgliedstaaten wird ergänzt durch die Koordination ihrer Tätigkeit in Fällen mit grenzüberschreitender Dimension. Zentrale Koordinierungsaufgaben werden hierbei weiterhin von den europäischen Institutionen *Europol* und *Eurojust* geleistet (Art. 85, 88 AEUV).

4 Assimilierungsprinzip

Die Union besitzt wie die frühere EG grundsätzlich keine originären Rechtssetzungsbefugnisse auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts (vgl. aber 6).[14] Sie ist daher nicht in der Lage, etwa durch den Erlass „europäischer Strafgesetze" in Form von Verordnungen selbst für den strafrechtlichen Schutz ihrer Interessen zu sorgen. Folglich ist sie darauf angewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch die Ausgestaltung und Anwendung ihres Kriminalstrafrechts dafür Sorge tragen, strafwürdige Angriffe auf Unionsinteressen wirksam zu bekämpfen. Die Mitgliedstaaten haben nach ständiger Rechtsprechung des EuGH[15] Verstöße gegen das Unionsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu verfolgen wie nach Art und Schwere vergleichbare Zuwiderhandlungen gegen nationales Recht

[8] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., 2011, § 9 Rn. 12; *Hecker* (Fn. 1) § 12 Rn. 50 ff. m. w. N.

[9] *Ambos* (Fn. 8), § 10 Rn. 103 ff.; *Gleß*, ZStW 116 (2004), S. 353, 362 ff.; *Hecker* (Fn. 1) § 13 Rn. 1 ff.; *Radtke*, GA 2004, 1, 17.

[10] *Ambos* (Fn. 8), § 12 Rn. 38 ff.; *Hecker* (Fn. 1) § 12 Rn. 20 ff.

[11] *Ambos* (Fn. 8), § 12 Rn. 66 f.; *Esser*, in: Roxin-FS, 2011, S. 1497 ff.; *Hecker* (Fn. 1) § 12 Rn. 10 ff.

[12] *Esser*, in: Roxin-FS, 2011, S. 1497, 1508 ff.

[13] *Hecker* (Fn. 1) § 12 Rn. 51 ff.

[14] *Hecker* (Fn. 1) § 4 Rn. 67 ff., 82 m. w. N.

[15] EuGHE 1989, 2965 = NJW 1990, 2245 (*„Griechischer Mais"*); EuGHE 1997, 6959 (*„Französische Landwirte"*); vgl. hierzu *Ambos* (Fn. 8), § 11 Rn. 20 ff., 37 ff.; *Hecker* (Fn. 1) § 7 Rn. 24 ff. m. w. N.

(*Gleichstellungserfordernis*). Zwar verbleibt den Mitgliedstaaten die Wahl der Sanktionen. Die nationalen Stellen müssen aber bei Verstößen gegen das Unionsrecht mit derselben Sorgfalt vorgehen, die sie bei der Anwendung der entsprechenden nationalen Vorschriften walten ließen. Darüber hinaus müssen die angedrohten Sanktionen jedenfalls ***wirksam, verhältnismäßig*** und *abschreckend („Mindesttrias")* sein. Die Aufgabe und Pflicht der Mitgliedstaaten, ihr nationales Strafrecht in den Dienst der Unionsinteressen zu stellen *(Assimilierungsprinzip)*, ist nicht auf den Schutz der EU-Finanzinteressen beschränkt. Die aus dem *Grundsatz der Unionstreue* (Art. 4 III UA 2, 3 EUV; ex-Art. 10 EGV) abzuleitende Schutzverpflichtung der Mitgliedstaaten erstreckt sich vielmehr auf alle rechtlich geschützten Interessen der Union, die für ihre Funktionsfähigkeit und die Durchsetzung ihrer Politiken von Bedeutung sind. Als Schutzgüter der Union kommen neben ihrem Finanzhaushalt vor allem die Unbestechlichkeit ihrer Beamten, die Wahrung von Dienstgeheimnissen, die europäische Rechtspflege, die Realisierung der Grundfreiheiten, aber auch die Durchsetzung der Unionspolitiken etwa auf den Gebieten Marktorganisation, Wettbewerb, Verbraucherschutz und Umweltschutz in Betracht. Das deutsche Strafrecht trägt dem unionsrechtlichen Auftrag, nationale Straftatbestände zum Schutze von Unionsinteressen zu funktionalisieren, auf unterschiedliche Weise Rechnung; Zum einen wurden unionsrechts-akzesorische Blankettgesetze[16] geschaffen, die eine schuldhafte Zuwiderhandlung gegen eine unmittelbar geltende Verordnung mit Strafe oder Bußgeld bedrohen. Zum anderen sorgen Gleichstellungsbestimmungen nach dem Muster der §§ 108 d StGB, 162 I, 264 VII Nr. 2 StGB, Art. 2 § 1 EU-BestG für eine unionsrechtskonforme Ausdehnung des jeweiligen tatbestandlichen Anwendungsbereichs.[17] Schließlich kann das unionsrechtliche Schutzgebot auch durch eine unionsrechtkonforme Auslegung nationaler Strafnormen erfüllt werden.[18]

Die das Gleichstellungsgebot ergänzende Pflicht zur Schaffung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen wird auch unter der Geltung des Reformvertrages Druck auf die nationale Strafgesetzgebung dahingehend ausüben, einen strafrechtlichen Mindeststandard zum Schutze unionsrechtlicher Interessen zu etablieren. Die hierdurch zu erzielenden Harmonisierungseffekte sind jedoch begrenzt. Ein einheitlicher strafrechtlicher Schutz der Rechtgüter der Union und ihrer Politiken kann nur durch weiter reichende Harmonisierungsmaßnahmen erreicht werden.

---

[16] *Hecker* (Fn. 1) § 7 Rn. 76 ff. m. w. N.

[17] *Hecker* (Fn. 1) § 7 Rn. 68 ff. m. w. N.

[18] *Ambos* (Fn. 8), § 11 Rn. 46 ff.; *Hecker* (Fn. 1) § 10 Rn. 1 ff. m .w. N.

5 Harmonisierung

5.1 Inhalt und Bedeutung der Strafrechtsangleichung

Während die kriminalpolitischen Bestrebungen der EU in den 1990er Jahren noch in erster Linie auf den Ausbau der grenzüberschreitenden Kooperation und Koordinierung im Bereich der PJZS gerichtet waren[19], ist seit Beginn dieses Jahrhunderts die Harmonisierung des Strafrechts in den Fokus europäischer Kriminalpolitik gerückt.[20] Harmonisierung bedeutet inhaltliche Angleichung nationaler Strafrechtsnormen auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite auf der Grundlage unionsrechtlich definierter und verbindlicher Standards.[21] Von der Strafrechtsangleichung strikt zu trennen ist die Schaffung supranationaler Straftatbestände, für die – mit einer Ausnahme (vgl. 6) – auch der Reformvertrag keine Kompetenztitel bereitstellt. Angesichts der begrenzten Reichweite strafrechtsrelevanter Kompetenzzuschreibungen im AEUV bewirkt die Strafrechtsharmonisierung innerhalb der Union *keine Totalvereinheitlichung* mitgliedstaatlicher Strafrechtsnormen, sondern lediglich eine *Mindestangleichung.*

Im Rahmen der früheren dritten Säule der EU stand die Strafrechtsharmonisierung im Dienste der Verhütung und Bekämpfung solcher Kriminalitätsbereiche, in denen die Union bereits eine gemeinsame Politik entwickelt hat oder die von transnationaler Dimension sind.[22] Der Bildung eines gemeinsamen Besitzstandes im Bereich des materiellen Strafrechts kommt maßgebliche Bedeutung für den Bereich der Rechtshilfe zu, da die gegenseitige Akzeptanz strafjustizieller Entscheidungen nicht zuletzt davon abhängt, inwieweit die materiellen Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten einander angeglichen sind.[23] Ex-Art. 31 lit. e EUV sah insoweit eine schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen vor. Auf der Basis dieser Kompetenzgrundlage wurden in den letzten Jahren bereits zahlreiche, der Strafrechtsangleichung dienende Rahmenbeschlüsse erlassen.[24] Exemplarisch hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Kriminalitätsbereiche Terrorismus, Menschenhandel, Kinderpornografie, illegaler Drogen- und Waffenhandel, Korruption und Cyber Crime. Wie bereits im Rahmen der früheren PJZS steht auch die sog. *originäre Strafrechtsharmonisierung* post-

---

[19] *v. Bubnoff*, ZEuS 2002, 185 , 188 ff.; *Hecker* (Fn. 1), § 5 Rn. 32 ff., 54 ff.; 67 ff.; *Ligeti* (Fn. 7), S. 58 ff.

[20] *Ambos* (Fn. 8), § 11 Rn. 5 ff.; *Hecker* (Fn. 1), §§ 8, 11; *ders.*, JA 2007, 561 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl., 2010, § 8 Rn. 31 ff., 50 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314 ff.

[21] *Hecker*, JA 2007, 561, 562; *Vogel*, GA 2003, 314, 315 f.

[22] *Hecker*, JA 2007, 561 ff.; *Sieber*, ZStW 121 (2009), S. 1, 2 ff.

[23] *Böse*, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, 2003, S. 233, 249; *Gleß*, ZStW 116 (2004), S. 353, 358 ff.; *Vogel*, GA 2003, 314, 319, 333.

[24] Vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 1) § 11 Rn. 10 ff.; *ders.*, JA 2007, 561 ff.

Lissabon nach Art. 83 I AEUV im Dienste der Bekämpfung derjenigen Kriminalitätsbereiche, die von grenzüberschreitender Dimension sind (vgl. 5. 2).[25]

Da jede Kette nur so stark ist wie ihr schwächstes Glied, kommt der Angleichung mitgliedstaatlicher Strafrechtsnormen zentrale Bedeutung für einen gleichmäßigen Schutz der Rechtsgüter der Union und eine effektive Durchsetzung der Unionspolitiken zu.[26] Von Staat zu Staat divergierende Strafrechtsnormen – etwa in den Bereichen des Wirtschafts-, Umwelt- und Verbraucherschutzstrafrechts – können Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen, die das Binnenmarktziel konterkarieren.[27] Werden gleichartige Handlungen der Marktteilnehmer in einem Mitgliedstaat mit Kriminalstrafe bedroht, in einem anderen als bloßes Ordnungsunrecht eingestuft und im dritten als nicht sanktionierbare Tätigkeit gewertet, entsteht ein dem Binnenmarktziel zuwiderlaufendes Strafrechtsgefälle, das territorial unterschiedliche Zugangsbedingungen für die Akteure schafft. Die früher im Rahmen der ersten Säule der EU praktizierte Harmonisierung des Strafrechts – etwa in den Bereichen Binnenmarkt, Wettbewerb, Umwelt, Verkehr, Lebensmittelsicherheit und Verbraucherschutz – wird nach dem Inkrafttreten des Reformvertrags auf der Grundlage des Art. 83 II AEUV fortgesetzt (vgl. 5. 3).

Der Vertrag von Lissabon hält an dem bewährten *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* fest (Art. 5 EUV; Art. 2 I AEUV). Nach diesem Grundsatz wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten. Im Bereich der Justizpolitik teilt die Union ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten (Art. 4 II lit. j AEUV). Die Harmonisierung des Strafrechts wird auch künftig im Mittelpunkt europäischer Kriminalpolitik stehen.

5.2 Originäre Strafrechtsharmonisierungskompetenz der EU

Mit der Auflösung der Dreisäulenstruktur der EU sind die auf eine intergouvernementale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zugeschnittenen Instrumente obsolet geworden. Während für die in der früheren dritten Säule anzunehmenden Rahmenbeschlüsse das *Einstimmigkeitsprinzip* galt (Art. 34 II lit. b EUV), werden Harmonisierungsmaßnahmen nunmehr in einem *ordentlichen Gesetzgebungsverfahren* (Art. 294 AEUV) vom Rat auf Vorschlag der Kommission und unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments mit *qualifizierter Mehrheit* (Art. 238 III AEUV) erlassen. Art. 83 I AEUV weist der Union eine *originäre Harmonisierungskompetenz* zu. Gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren dürfen mittels *Richtlinien* Mindestvor-

---

[25] *Sieber*, ZStW 121 (2009), S. 1, 2 ff.

[26] *Vogel*, GA 2003, 314, 317 f.

[27] *Ambos* (Fn. 8), § 11 Rn. 9; *Hecker*, in: Sieber/Brüner/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 10 Rn. 2 m. w. N.

schriften über Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität erlassen werden, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben.[28] Als derartige Kriminalitätsbereiche werden genannt: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.[29] Die hiermit eröffnete Mitentscheidungsbefugnis des Europäischen Parlaments führt zu einer Stärkung der demokratischen Legitimation im Bereich des EU-Strafrechts. Der Kommission wird die Aufgabe zugewiesen, in dem Bereich der Kriminalpolitik der Union über die gehörige Umsetzung von Richtlinien zu wachen und ggf. von dem Vertragsverletzungsverfahren Gebrauch zu machen (Art. 258-259 AEUV).[30]

Je nach Entwicklung der Kriminalität kann der Rat einen (einstimmigen) Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, die die Kriterien dieses Absatzes erfüllen (Art. 83 I UA 3 AEUV). Das BVerfG[31] verlangt für diesen Fall der Extension, dass der deutsche Gesetzgeber nach Art. 23 I S. 2 GG tätig wird, also ein Zustimmungsgesetz erlässt. Dies verdient auch aus europaverfassungrechtlicher Sicht Beifall. Denn wenn es möglich wäre, dass die Union jenseits der explizit genannten Katalogtaten aus sich heraus weitere angleichungsfähige Kriminalitätsbereiche bestimmen könnte, wäre das Tor für eine dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zuwiderlaufende Kompetenz-Kompetenz der Union auf dem Gebiet des Strafrechts eröffnet.[32]

Zu den Maßnahmen, die auf eine Annäherung des materiellen Strafrechts der Mitgliedstaaten in den von Art. 83 I AEUV erfassten Kriminalitätsbereichen abzielen, gehört zunächst der Erlass von *Mindestvorschriften* zur Ausgestaltung der einschlägigen *Tatbestände des Besonderen Teils*. Diese können z. B. in einer gemeinsamen Definition enthalten sein, in welcher die zentralen objektiven und subjektiven Merkmale der zu inkriminierenden Handlung beschrieben werden (z. B. „terroristische Straftat"; „illegaler Drogenhandel"; „Menschenhandel"; „Kinderpornographie" usw.) und durch die detailliertere oder weitergehende Begriffsbestimmungen des nationalen Rechts nicht ausgeschlossen werden. Die Mitgliedstaaten bleiben demnach frei, darüber hinaus auch weitere Verhaltensweisen unter Strafandrohung zu stellen. Es ist ihnen jedoch verwehrt, die Mindestvorschriften der in einer Richt-

[28] *Hecker* (Fn. 1), § 11 Rn. 1 ff.; *Zimmermann*, Jura 2009, 844, 846 f.; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 343.

[29] Vgl. hierzu *Suhr*, ZEuS 2009, 687, 698 f. mit dem Hinweis, dass der RB über Rassismus und Fremdenfeindlichkeit nach Inkrafttreten des Reformvertrags keine Grundlage mehr habe; dagegen *Hecker* (Fn. 1), § 11 Rn. 4.

[30] *Müller-Graff*, EuR 2009, 105, 120; *Zimmermann*, Jura 2009, 844.

[31] BVerfG NJW 2009, 2267, 2289.

[32] *Ch. Schröder*, in: Rill (Hrsg.), Von Nizza nach Lissabon – neuer Aufschwung für die EU, 2010, S. 103, 107.

linie definierten strafbaren Handlung zu unterschreiten, indem sie zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzungen aufstellen.

Die originäre Rechtsangleichungskompetenz des Art. 83 I AEUV umfasst auch Maßnahmen, die sich auf die Anwendung von Bestimmungen des *Allgemeinen Teils* beziehen, soweit dies für eine wirksame Bekämpfung der jeweiligen Kriminalitätsbereiche erforderlich ist und hierdurch nicht in die Grundstruktur der nationalen Strafrechtssysteme eingegriffen wird. Unproblematisch sind z. B. bereichsspezifische Vorgaben, durch die sichergestellt werden soll, dass der Versuch einer bestimmten Straftat und die Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) mit Strafe bedroht werden.[33] Nicht gestattet sind jedoch über die Festlegung von Mindestvorschriften hinausgehende Definitionen des Versuchs, der Täterschaft und Teilnahme oder sonstiger Elemente des Allgemeinen Teils. Regelungsvorgaben zur Verantwortlichkeit juristischer Personen sind nur zulässig, wenn den Mitgliedstaaten ein weiter Umsetzungsspielraum belassen wird, der auch die Möglichkeit einer Beschränkung auf nichtstrafrechtliche Sanktionen zulässt.

Einer Mindestangleichung zugänglich sind schließlich die *Strafen* in den einschlägigen Kriminalitätsbereichen, welche z. B. in Form von Mindesthöchststrafen vorgegeben werden können. Diese legen das Mindestmaß einer im nationalen Strafrecht vorzusehenden Höchststrafandrohung fest.[34] Zu beachten ist, dass hierdurch lediglich die nach den Rechtvorschriften der Mitgliedstaaten anwendbaren Strafrahmen einander angenähert werden, nicht aber die tatsächlich zu verhängenden Strafen. Insoweit sind der Rechtsangleichung durch das Prinzip der Tat- und Schuldangemessenheit der Strafe und aufgrund der Unabhängigkeit der Gerichte von vornherein Grenzen gesetzt. Jedoch besteht die begründete Aussicht, dass die Mindestharmonisierung der gesetzlichen Sanktionsvorgaben mittelbar auch gewisse Angleichungseffekte in der mitgliedstaatlichen Sanktionspraxis mit sich bringen wird. Auch Regelungsstandards über erschwerende oder strafmildernde Umstände können auf Art. 83 I AEUV gestützt werden.

5.3 Strafrechtliche Annexkompetenz der EU

Im Rahmen der früheren ersten Säule der EU stellte sich die streitig diskutierte Grundsatzfrage, ob der EG eine Harmonisierungskompetenz auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts überhaupt zusteht und wie weit diese ggf. reicht.[35] Während Kommission und Europäisches Parlament seit jeher von der grundsätzlichen Befugnis der EG ausgingen, durch den Erlass von Sekundärrechtsakten auf die mitgliedstaatlichen Strafrechtssysteme Einfluss zu nehmen, standen die nationalen Regierungen einer solchen Anweisungskompetenz überwiegend ablehnend gegen-

---

[33] *Hecker* (Fn. 1), § 11 Rn. 6; *Heger*, ZIS 2009, 406, 412; *Satzger* (Fn. 20), § 8 Rn. 61.
[34] *Hecker* (Fn. 1), § 11 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 20), § 8 Rn. 62.
[35] *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 2 ff.; *Satzger* (Fn. 20), § 8 Rn. 31 ff.

über.[36] In seinen bahnbrechenden Urteilen v. 13.9.2005[37] und v. 23.10.2007[38] hat der EuGH eine strafrechtliche Harmonisierungsbefugnis der früheren EG in Form einer *Annexkompetenz* grundsätzlich bejaht.[39] Es handelt sich bei diesen Urteilen um Grundsatzentscheidungen, die nicht nur auf die konkret behandelten Bereiche des Umweltschutzes bzw. der Verkehrspolitik, sondern darüber hinaus auch auf alle sonstigen Gemeinschaftspolitiken ausstrahlen. In letztgenannter Entscheidung wurde jedoch einschränkend darauf hingewiesen, dass Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen nicht in die Zuständigkeit der EG fällt. Ein prominentes Beispiel für Strafrechtsharmonisierung in der ehemaligen ersten Säule bildet die 3. Geldwäscherichtlinie der EG v. 26.10.2005[40], die einen unionsweiten Mindeststandard im Bereich der Geldwäschebekämpfung etabliert.[41]

Die vom EuGH für den Bereich der früheren ersten Säule der EU in Form einer Annexkompetenz anerkannte strafrechtliche Harmonisierungsbefugnis der EG ist nach dem Inkrafttreten des Reformvertrags auf die Union als deren Rechtsnachfolgerin übergegangen. Da die Befugnis zur Strafrechtsangleichung in harmonisierten Politikbereichen wie unter der Geltung des ex-EGV aus den allgemeinen oder speziellen Harmonisierungsgrundlagen abzuleiten ist, kommt dem neu geschaffenen Art. 83 II AEUV insoweit eine rein klarstellende (deklaratorische) Bedeutung zu.[42] Art. 83 II AEUV bestätigt die Existenz einer strafrechtlichen Annexkompetenz der Union, wobei er als zwingende Voraussetzung für ihre Ausübung festlegt, dass sich die Angleichung strafrechtlicher Rechtsvorschriften als unerlässlich[43] für die wirksame Durchführung der Unionspolitik auf einem Gebiet erweist, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind. In diesem Sinne zeichnet Art. 83 II AEUV die Rechtsprechung des EuGH nach und verleiht ihr ex post eine primärrechtliche Grundlage.[44] Die kraft Annexkompetenz bestehende Harmonisierungsbefugnis der Union ist somit nicht allein auf Art. 83 II AEUV zu stützen, sondern bedarf nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung einer zusätzlichen Rechtsgrundlage im Primärrecht. So ist z. B. die Harmonisierung des Umweltstrafrechts nunmehr auf Art. 83 II AEUV i. V. m. Art. 192 I AEUV zu stützen. Konstitutive Bedeutung kommt Art. 83 II AEUV jedoch insoweit zu, als seit Inkrafttreten des Reformvertrages nicht nur die materiellen Strafbarkeitsvoraussetzungen, sondern auch die Strafen (Rechtsfolgenseite) einer Mindestangleichung

---

[36] *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 9; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 400 ff.

[37] EuGHE 2005, 7879 = JZ 2006, 307 = ZIS 2006, 179

[38] EuGHE 2007, 9097 = NStZ 2008, 703.

[39] Vgl. hierzu *Eisele*, JZ 2008, 248 ff.; *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 30 ff.; *Kubiciel*, NStZ 2007, 136 ff; *Zimmermann*, NStZ 2008, 662 ff.; *Zöller*, ZIS 2009, 340, 345 f.

[40] ABlEG 2005 Nr. L 309, S. 15; vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 11 ff. m .w. N.

[41] *Hecker*, Festschrift für Kreuzer, 2008, S. 216 m. w. N.

[42] *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 5; a. A. *Satzger* (Fn. 20), § 9 Rn. 38, 50, der eine konstitutive Funktion des Art. 83 II AEUV annimmt.

[43] Vgl. zu diesem der EuGH-Judikatur entnommenen Kriterium *Zimmermann*, NStZ 2008, 662, 664.

[44] *Ch. Schröder* (Fn. 32), S. 103, 108.

zugänglich sind.[45] Die früher im Bereich des Strafrechts praktizierte „doppelgleisige“ Gesetzgebung (Richtlinie der EG plus Rahmenbeschluss des Rates) gehört damit der Vergangenheit an. Die nach Maßgabe des Art. 83 II AEUV erfolgende Harmonisierung des Strafrechts orientiert sich an der Methode, die Straftaten und Strafen durch sog. *Mindestvorschriften* anzugleichen. Insoweit wird auf die entsprechend heranzuziehenden Ausführungen zu Art. 83 I AEUV (5. 2) verwiesen. Als prominente Anwendungsfelder, in denen Rechtsangleichungsmaßnahmen nach Maßgabe des Art. 83 II AEUV in Betracht kommen, sind etwa die Bereiche Agrarpolitik, Verkehr, Umweltschutz, Verbraucherschutz, Binnenmarkt und Schutz der EU-Finanzinteressen zu nennen.[46]

5.4 Grenzen der Strafrechtsharmonisierungskompetenz

Die in Art. 83 I AEUV und Art. 83 II AEUV angelegten Kompetenzausübungsbefugnisse durch das *Subsidiaritätsprinzip* (Art. 5 Abs. 1, 3 EUV) und den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (Art. 5 Abs. 1, 4 EUV) begrenzt.[47]

Nach dem Subsidiaritätsprinzip darf die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Es handelt sich dabei nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern um eine rechtlich verbindliche und justiziable Kompetenzausübungsregel. Zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union gehören lediglich die Bereiche Zollunion, Wettbewerbspolitik (Binnenmarkt), Währungspolitik, Fischereipolitik und Handelspolitik (Art. 3 AEUV). Im Regelfall besteht also lediglich eine geteilte Zuständigkeit der Union (Art. 4 II AEUV) mit der Folge, dass Harmonisierungsmaßnahmen nur unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips zulässig sind. Bei der Prognose, ob die Mitgliedstaaten in der Lage sind, das Unionsziel bereits durch Maßnahmen auf nationaler Ebene in ausreichender Weise zu erreichen, sind deren wirtschaftliche und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie rechtliche Handlungsmöglichkeiten einer Gesamtbewertung zu unterziehen. Die Erforderlichkeit von Harmonisierungsmaßnahmen wird am ehesten in grenzüberschreitenden Bereichen der gemeinsamen Politiken zu bejahen sein, in denen die Verwirklichung der Unionsziele die Überwindung divergierender nationaler Schutzstandards und Wettbewerbsbedingungen erfordert.

---

[45] Anders noch EUGH (Fn. 36) hinsichtlich der strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz der EG; vgl. hierzu *Heger*, ZIS 2009, 406, 413; *Satzger*, KritV 2008, 17, 26; *Zimmermann*, NStZ 2008, 662, 665.

[46] *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 40 ff.; *ders.* (Fn. 27), § 10 Rn. 19 ff. m .w. N.

[47] BVerfG NJW 2009, 2267, 2280 f.; *Baumeister*, in: Wolter/Schenke/Hilger/Ruthig/Zöller (Hrsg.), Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, 2008, S. 158 ff.; *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 48 ff.; *ders.* (Fn. 27), § 10 Rn. 37 ff.; *Heger*, ZIS 2009, 406, 409.

So erscheint im Bereich des Umweltstrafrechts die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Mindeststandards unerlässlich, um die unionsrechtlichen Umweltschutzziele zu erreichen und insbesondere eine wirksame Bekämpfung grenzüberschreitender Umweltkriminalität zu ermöglichen[48]. Auch im Anwendungsfeld der Unionspolitiken zur Realisierung des Binnenmarktes – ein Beispiel hierfür ist das Geldwäschestrafrecht – steht das Subsidiaritätsprinzip einer Strafrechtsangleichung regelmäßig nicht entgegen, da hier das staatenübergreifende Element die Erforderlichkeit von Unionsmaßnahmen indiziert.[49] Ein Gegenbeispiel lässt sich in dem Bereich der Gemeinsamen Verkehrspolitik finden. So erfordert das Unionsziel der Verkehrssicherheit (Art. 91 Abs. 1 lit. c AEUV) zwar effektive Sanktionen gegen gravierende Verkehrsverstöße wie z. B. Trunkenheitsfahrten. Diese Maßnahmen können jedoch bereits auf mitgliedstaatlicher Ebene wirkungsvoll ergriffen werden.

Flankiert wird das Subsidiaritätsprinzip von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der durch Art. 5 IV UA 1 EUV auf das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten ausgedehnt wird. Die Mitgliedstaaten werden im Kontext dieser Norm wie belastete Einzelne betrachtet, denen gegenüber eine Maßnahme nur dann als rechtmäßig erscheint, wenn sie zur Erreichung des mit ihr angestrebten Unionsziels geeignet, erforderlich und angemessen ist. Als denkbare Belastungen für die Mitgliedstaaten können sich z. B. die in der Maßnahme vorgesehene Regelungsdichte, ihre finanziellen Auswirkungen, die von ihr erzwungene Abkehr von eingespielten Verfahren oder die systemwidrige Durchbrechung nationaler Rechtsstrukturen erweisen. Würde den Mitgliedstaaten z. B. vorgegeben, den Kapitalanlagebetrug mit einer erhöhten Mindeststrafe zu bedrohen, so führte dies zu erheblichen Friktionen mit bestehenden nationalen Strafbestimmungen, die den Kapitalanlagebetrug als Vorfeldtatbestand gegenüber dem „klassischen“ Betrug ausgestaltet haben. Bei einer Umsetzung dieser Anweisung in deutsches Recht entstünde ein systemimmanenter Wertungswiderspruch, weil § 264 a StGB als gegenüber § 263 StGB subsidiärer Tatbestand eine höhere Mindeststrafe aufweisen würde, als für eine Tat nach § 263 StGB vorgesehen ist. Die gleichzeitige Anhebung des Mindeststrafrahmens beim Betrugstatbestand würde zwar den Wertungswiderspruch zwischen § 263 StGB und § 264 a StGB beseitigen, jedoch neue Friktionen mit § 242 StGB hervorrufen, welcher bislang denselben Strafrahmen aufweist wie § 263 StGB.[50]

Wenn mehrere geeignete Maßnahmen für die Zielerreichung zur Auswahl stehen, muss die für die Mitgliedstaaten am wenigsten belastende gewählt werden. Ferner müssen die auferlegten Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen. Art. 5 IV UA 1 EUV betrifft im Gegensatz zu

[48] *Hecker*, ZStW 115 (2003), S. 880, 901 ff.; *Dannecker*, JZ 1996, 869, 879; *Knaut*, Die Europäisierung des Umweltstrafrechts, 2005, S. 320 ff.; *Mansdörfer*, JURA 2004, 297, 298.

[49] *Gentzik*, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts, 2002, S. 48 ff.; *Satzger* (Fn. 34), S. 449.

[50] *Eisele*, JZ 2001, 1157, 1163.

Art. 5 III EUV nicht das „Ob", sondern das „Wie" der Kompetenzausübung der Union und gilt auch für Maßnahmen, die in deren ausschließlichen Zuständigkeitsbereich fallen. In den Fällen, in denen nicht bereits das Subsidiaritätsprinzip der Ausübung einer strafrechtlichen Harmonisierungskompetenz der Union entgegensteht, bewirkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Unionsmaßnahme nicht über das zur Zielerreichung notwendige Interventionsminimum hinausgeht.
In der Zusammenschau der nach Art. 4 II EUV zu achtenden nationalen Identität der Mitgliedstaaten sowie den in Art. 5 EUV verankerten Kompetenzausübungsschranken lässt sich – wie bereits im früheren Gemeinschaftsrecht – ein *strafrechtsspezifisches Schonungsgebot* postulieren, das die strafrechtlichen Harmonisierungsbefugnisse der Union nach Maßgabe folgender Grundsätze beschränkt[51]: (1) Die Union darf keine unmittelbar anwendbaren Strafnormen – auch nicht im Gewande einer Harmonisierungsmaßnahme – erlassen; (2) Eine Richtlinienanweisung darf die von den Mitgliedstaaten zu erlassende(n) Sanktionsnorm(en) weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgenseite detailliert vorgeben und (3) Die Anweisung muss den Mitgliedstaaten so viel Umsetzungsspielraum belassen, dass es diesen möglich ist, die zu schaffende(n) Sanktionsnorm(en) unter Wahrung der Kohärenz ihres Sanktionensystems in die nationale Rechtsordnung zu integrieren. Den Mitgliedstaaten muss deshalb insbesondere eine Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren annähernd gleichwertigen Umsetzungsmaßnahmen eingeräumt werden.

5.5 Verfahrensrechtliche Notbremse (Art. 83 III AEUV)

Der Vertrag von Lissabon hat eine verfahrensrechtliche „Notbremse" eingeführt, die – wenn der ein Veto einlegende Mitgliedstaat nicht umgestimmt werden kann – einer Angleichung strafrechtlicher Rechtsvorschriften nach Art. 83 I oder II AEUV entgegensteht. [52]

Ein Mitgliedstaat, der durch den Erlass einer der Strafrechtsharmonisierung dienenden Richtlinie grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt sieht, kann nach Art. 83 III AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren blockieren und sich einer Rechtsangleichung entziehen. Die übrigen Mitgliedstaaten können die Richtlinie jedoch im Wege einer Verstärkten Zusammenarbeit erlassen, so dass sie nur ihnen gegenüber Wirkung entfaltet. *„Grundlegende Aspekte der Strafrechtsordnung"*, die nicht nur aus deutscher Sicht gegen den Erlass einer Richtlinie

[51] *Böse*, ZIS 2010, 76, 85; *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 55; *Satzger* (Fn. 34), S. 166 ff.; *ders.* (Fn. 20), § 8 Rn. 9. Zu dem Aspekt, die auf europäischer Ebene bestehenden Einzelermächtigungen in einer die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten schonenden Weise wahrzunehmen, vgl. auch BVerfG NJW 2009, 2267, 2280.

[52] Vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 56 ff.; *Heger*, ZIS 2009, 406, 413 ff.; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11, 20; *Satzger* (Fn. 20), § 9 Rn. 46; *Sieber*, ZStW 121 (2009), S. 1, 56; *Zimmermann*, Jura 2009, 844, 848.

geltend gemacht werden könnten, sind z. B. in folgenden verfassungsrechtlichen, strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Zusammenhängen denkbar[53]:

- Rechtsgutsprinzip,
- Schuldprinzip
- Rückwirkungsverbot
- Bestimmtheitsgebot (Wortlautschranke)
- Ultima-Ratio-Prinzip
- Strafbarkeit juristischer Personen
- Fahrlässigkeitshaftung bei Eigentums- und Vermögensdelikten
- Stimmigkeit der Strafrahmen und Strafzumessungskonzepte
- Bereichsspezifische AT-Vorgaben zum Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht
- Täterschaft und Teilnahme, Vorsatzkonzeptionen, Rücktritt, tätige Reue
- Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht
- Abgrenzung von Verwaltungssanktionen und Kriminalstrafrecht
- Drogenpolitik, Sterbehilfe, Abtreibung

Dass andere Mitgliedstaaten oder Unionsorgane die Auffassung des Veto einlegenden Staates teilen, ist nicht erforderlich. Art. 83 III AEUV gesteht diesem eine nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zu. Ein Veto bringt daher grundsätzlich selbst den von der erforderlichen Mehrheit im Rat getragenen Rechtsangleichungsakt zu Fall. Wenn der betreffende Staat sein Veto jedoch missbräuchlich, d. h. allein aus anderen als den in Art. 83 III AEUV genannten Gründen einlegt, so liegt hierin eine Verletzung der unionsrechtlichen Treuepflicht (Art. 4 III EUV)[54], auf welche die Kommission mit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens reagieren kann.[55]

Zu beachten ist, dass das Notbremsverfahren nach Art. 83 III AEUV nur die Harmonisierungsmöglichkeiten nach Art. 83 I, II AEUV betrifft, mithin auf den in Art. 82 AEUV geregelten Bereich der gegenseitigen Anerkennung keine Anwendung findet. Diese Begrenzung des Vetorechts findet seine Rechtfertigung darin, dass Harmonisierungsmaßnamen nach Art. 83 I, II AEUV aus der Sicht der nationalen Rechtsordnung tiefere Einschnitte als die nach Art. 82 AEUV vorzunehmenden Handlungsschritte verursachen können.[56]

[53] Vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 57; *Heger*, ZIS 2009, 406, 414 f.; vgl. hierzu auch *Satzger*, KritV 2008, 17, 34 ff. sowie das von der internationalen Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“ erarbeitete Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik, ZIS 2009, 697 ff.

[54] *Hecker* (Fn. 1), § 8 Rn. 58; *Heger*, ZIS 2009, 406, 414.

[55] *Zimmermann*, Jura 2009, 844, 848.

[56] *Ch. Schröder* (Fn. 32), S. 103, 109.

6 Sektorielle Zentralisierung der Strafrechtspflege

Während Art. 83 I, II AEUV – wie gezeigt – lediglich eine unionsweite Mindestangleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts vorsieht, lässt der in den Abschnitt „Betrugsbekämpfung" eingefügte Art. 325 IV AEUV sogar die Möglichkeit unmittelbar geltender europäischer Straftatbestände in Form einer Verordnung aufscheinen: *„Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union beschließen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten."*

Der Wegfall der in Art. 280 IV S. 2 EGV enthaltenen Vorbehaltsklausel *(„Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten …bleibt unberührt")* und die Offenheit des Art. 325 IV AEUV für die Wahl der Handlungsform (Richtlinie oder Verordnung) lässt die Auslegung zu, dass auf ihrer Grundlage auch *supranationale Straftatbestände* erlassen werden dürfen.[57] Mit diesem Schritt wäre der Durchbruch für ein Europäisches Strafrecht im engeren Sinne erzielt, wenngleich auch nur beschränkt auf den Bereich der EU-Betrugsbekämpfung. Solche Europastraftaten könnten nach Art. 86 AEUV von einer *Europäischen Staatsanwaltschaft* verfolgt werden, die der Rat durch einstimmigen Beschluss nach Zustimmung des europäischen Parlaments einsetzen kann. [58]

7 Zusammenfassung und Ausblick

Die seit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam erzielten Fortschritte im Bereich der politischen Integration Europas spiegeln sich auch in der europäischen Strafrechtsentwicklung wider, die inzwischen weit über eine bloße Kooperation der EU-Mitgliedstaaten hinausgeht. Das Europäische Strafrecht verfügt heute über einen beachtlichen Besitzstand *(„acquis communautaire")* im Bereich des materiellen Strafrechts, der sich in zahlreichen deliktsspezifischen Rechtsakten niederschlägt. Der Vertrag von Lissabon schreibt die zentralen Strukturelemente des Europäischen Strafrechts – Kooperation, Koordination, Assimilierung und Harmonisierung – nicht nur fort, sondern entwickelt sie behutsam weiter. Die unübersichtliche Zweigleisigkeit der Strafrechtsangleichung in der früheren ersten und dritten Säule wird überwunden. Eine Strafrechtsharmonisierung ist nunmehr durch mit qualifizierter Mehrheit gefasste Ratsbeschlüsse auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite möglich. Im Bereich der Betrugsbekämpfung werden die Weichen für eine sek-

[57] *Ambos* (Fn. 8), § 9 Rn. 8; *Fromm*, StraFo 2008, 358, 365; *Hecker* (Fn. 1), § 4 Rn. 81, § 14 Rn. 43 f.; *ders.* (Fn. 27), § 10 Rn. 26; *Heger*, ZIS 2009, 406, 416; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11, 18; *Meyer*, NStZ 2009, 657, 658; *Rosenau*, ZIS 2008, 9, 16; *Satzger* (Fn. 20), § 7 Rn. 41 f.; *ders.*, KritV 2008, 17, 25; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 59; *Zimmermann*, Jura 2009, 844, 845 f.; a. A. *Böse*, Festschrift für Krey, 2010, S. 16; *Ch. Schröder* (Fn. 32), S. 103, 111.

[58] Zu der hiergegen nach wie vor zu erhebenden Bedenken vgl. *Hecker* (Fn. 1) § 14 Rn. 39 ff. m. w. N.

torielle Zentralisierung der Strafrechtspflege gestellt. Damit ebnet der Reformvertrag – falls politisch gewünscht und durchsetzbar – den Weg zu einem supranationalen Strafrecht, das von einer zentralen europäischen Strafverfolgungsbehörde durchgesetzt wird.

Lissabon als Chance zur kriminalpolitischen Neubesinnung. Das Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik

Cornelius Prittwitz[1], Frankfurt am Main

1 Ausgangspunkt dieses Symposions

Meinen Dank an die Göttinger Gastgeber dieses Symposions möchte ich verbinden mit Grüßen der anderen Mitglieder der Arbeitsgruppe „European Criminal Policy Initiative".[2] Wir hoffen, dass der Vertrag von Lissabon den angeblich so schnell fahrenden Zug des europäischen Strafrechts zu dem einen oder anderen Zwischenstopp gezwungen hat, so dass, wenn schon die Prolegomena nicht rechtzeitig formuliert wurden,[3] doch zwischendurch Zeit bleibt, sich über die europäische Kriminalpolitik Gedanken zu machen, bevor weiter am Europäischen Strafrecht gebastelt wird. Wir freuen uns, dass wir das Kriminalpolitische Manifest auf diesem − international besetzten − Symposion vorstellen können, sind dankbar für Anregungen, aber auch offen für Kritik.

---

[1] Für wertvolle Unterstützung bedanke ich mich bei meinen Mitarbeiterinnen Hasine Azim, Bouchra Darbyou-Assakali und Valentina Lauer.

[2] Petter Asp (Schweden), Nikos Bitzilekis, Maraia Kaiafa-Gbandi, Elisabeth Symeonidou-Kastanidou (Griechenland), Sergiu Bogdan (Rumänien), Luigi Foffani (Italien), Dan Frände (Finnland), Helmut Fuchs und Ingeborg Zerbes (Österreich), Jocelyne Leblois-Happe (Frankreich), Adam Nieto (Spanien) und last not least Helmut Satzger aus München.

[3] Vgl. meine Kritik auf der Passauer Strafrechtslehrertagung in der ZStW 113 (2001), S. 774 ff.

Kai Ambos, meinem stets klar denkenden und eindeutig formulierenden Kollegen, möchte ich für den untypisch enigmatischen Untertitel des Symposions danken: „(Normalisierungs-) Chancen oder (Verstetigungs-) Risiken?“ Müsste man nicht eher von den Risiken der Normalisierung und den Chancen der Verstetigung sprechen? Wie auch immer; wenn damit gemeint ist, dass Normalität – in einem anspruchsvollen und auch normativ geprägten Sinn – des Europäischen Strafrechts (noch) nicht zu konstatieren ist, dann sehe auch ich nach Lissabon Chancen auf eine solche Normalisierung. Und wenn unter Verstetigungsrisiken gemeint ist, dass der durchaus und aus vielen Perspektiven kritikwürdige Zustand des Europäischen Strafrechts sich verstetigt, dann sehe auch ich in dieser Verstetigung ein Risiko. Darüber hinaus sind aber auch andere Chancen und Risiken zu beachten. Bei den Risiken muss man sehen, dass Verstetigung keineswegs den *worst case* darstellt; zu befürchten sind echte Verschlechterungen. Anlässe dafür finden sich genug: Finanzkrisen, Terrorismusbedrohungen u.a. sind typische Auslöser für hastige, unreflektierte, im Symbolischen verbleibende Kriminalpolitik, die viel verspricht und wenig hält. Ich komme in meinem Ausblick am Ende meines Beitrages auf das Thema zurück.

Aber es gibt auch Hoffnungen, die über das Ziel „Normalisierung“ hinausgehen. Ein Europa, das bei Mindesthöchststrafen Standards einführen und Harmonisierung herbeiführen kann, sollte auch in der Lage sein, seine kriminalpolitischen Minimalprinzipien festzulegen und einzuführen. Und ein Europa, das die Probleme, die ja überwiegend nicht nur nicht nationale, sondern auch keine europäischen, sondern globale sind (z.B. an den Finanzmärkten, in der Umwelt- und Klimapolitik und im Terrorismus), ernst nimmt, wird ohne einen Verzicht auf die symbolischen Lösungen des Strafrechts und ohne Besinnung auf eine rationale Kriminalpolitik (nicht zu vergessen: Finanzmarkt-, Umwelt- und Sicherheitspolitik) nicht auskommen. Auch dazu im Ausblick ein paar abschließende Worte.

2 Ausgangspunkt der „European Criminal Policy Initiative“

Die Mitglieder dieser Initiative sind sich weitgehend darüber einig, dass die Aussichten einer solchen Aktivität aus leicht benennbaren und oft benannten Gründen alles andere als optimal sind, dass es aber nicht nur gute *Gründe* gibt, Zeit und Mühe in eine solches Projekt zu investieren, sondern auch *Anlässe* zur Hoffnung, dass die Ergebnisse unserer Arbeit in Europa gehört werden.

2.1 Pessimistisch Stimmendes

Man darf die hinderlichen Ausgangsbedingungen für ein solches Projekt, auch wenn man sich ihnen nicht resignativ beugt, nicht übersehen: Seit mehr als 10 Jahren wird nicht nur Fundamental*kritikern*, sondern auch all denjenigen, die konstruktiv empfehlen, Fundamente zu legen, bevor die Wände für die speziell *straf-*

rechtlichen Rechts-, Freiheits- und Sicherheitsräume hochgezogen werden, entgegengehalten, sie verstünden nicht, dass es – jedenfalls, wenn man Einfluss behalten oder gewinnen wolle[4] − nur noch darum gehe, auf den schnell fahrenden Zug des europäischen Strafrechts aufzuspringen. Prinzipiengeleitete Ansätze wurden der Naivität bezichtigt, als wäre die Einsicht in die nicht unmittelbare Umsetzbarkeit in Kriminalpolitik nicht ebenso trivial wie die Notwendigkeit belastbarer Prinzipien. Wem so die „gelbe Karte" im Spiel „Strafrechtswissenschaft gegen Europäisches Strafrecht" gezeigt wurde, dem blieben drei Möglichkeiten. Neben dem ironisch bis zynisch kommentierten Rückzug ins Private, bzw. in das trotzig seine Einflusslosigkeit anerkennende Wissenschaftliche, blieb die Möglichkeit des wissenschaftlich prinzipienlosen und daher unbefriedigenden „Mitmischens" – sei es, um „das Schlimmste" zu verhindern, sei es, um die Gunst der Stunde zu nutzen, d.h. das europäische Strafrecht listig als Möglichkeit der Überwindung der engen Grenzen nationaler Gesetzgebung zu nutzen.

2.2 Anlass zum Optimismus

So mancher hat im Eifer des Gefechts übersehen, dass – um im Bild zu bleiben – die „gelben Karten" nicht vom (inexistenten) Schiedsrichter, sondern von Mitspielern gezogen wurden. Wer sich also nicht vorschnell hat beeindrucken lassen, wird als politisch denkender (Kriminal-) Wissenschaftler die angedeuteten Konsequenzen für misslich halten, den Naivitätsvorwurf der zu schnell und zu unmittelbar politischen Einfluss anstrebenden Zwischenrufer bestreiten oder ignorieren, um dann, auch unter Hinweis auf die zahlreichen Verlangsamungen und Zwischenstopps des europäischen Zugs die Chancen zu einer kriminalpolitischen Neubesinnung in Europa zu nutzen.

Dass eine Neubesinnung nötig ist und dass sich schnell eine gut zusammenarbeitende Gruppe von Kriminalwissenschaftlern gefunden hat, die diese Chance nutzen will, hat mit drei – die Mitglieder der *European Criminal Policy*-Initiative einenden − Überzeugungen zu tun:

Zuerst zu nennen ist die Überzeugung vom Vorhanden- und Lebendig-Sein *politisch-historischer* (ideengeschichtlicher) Grundlagen für ein europäisches Strafrecht und eine europäische Kriminalpolitik, die anderes und mehr ist als ein technokratisch-bürokratisches Nebenprodukt vor allem ökonomisch verstandener europäischer Einigung. Diese Grundlagen sind mit dem Begriff „Aufklärung" zusammengefasst, mit den Gedanken also, die unauflösbar (und interdependent) sowohl den technologischen (und in der Folge auch ökonomischen) Fortschritt als auch die Idee bürgerlicher Freiheiten und rechtsstaatlicher Ordnung so weit gebracht hat,

[4] Diese Mahnung erinnert fatal an Günther Jakobs (in: Eser/Hassemer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff. [53 f.]) Prognose, die Strafrechtswissenschaft werde von der wirtschaftlich dominierten Gesellschaft marginalisiert, wenn sie die Notwendigkeit eines das (Bürger-) Strafrecht ergänzenden Feindbekämpfungsrechts nicht anerkenne.

wie wir es heute manchmal (zu) selbstverständlich voraussetzen. Erkennt man an, dass das Denken der Aufklärung nicht nur das (historische) Fundament, sondern der auch heute noch antreibende Motor des so umrissenen zivilisatorischen Fortschritts ist, dann wird schnell klar, dass zu dem ökonomischen Erbe der Aufklärung, das notgedrungen technokratische und bürokratische Phänomene mit sich bringt, das komplementäre Erbteil (zumindest in der Kriminalpolitik) zu sehr vernachlässigt wurde und zu wenig ausgeprägt ist. Es besteht (wiederum: *zumindest* in der Kriminalpolitik) ein Bedarf an Vertiefung demokratischer Legitimation, rechtsstaatlicher Formen und bürgerfreiheitlicher Rechtsprinzipien.

Eine zweite Überzeugung kommt hinzu, die verdeutlicht, dass wir (und warum wir) nicht nur für aufgeklärte Prinzipien einer europäischen Kriminalpolitik eintreten, sondern glauben, dass diese Prinzipien durchaus Chance haben, zukünftig den Gang europäischer Kriminalpolitik zu beeinflussen. Diese Überzeugung stellt auch klar, dass Kritik am europäischen Strafrecht nichts mit Europaskepsis oder einem Setzen auf den Nationalstaat zu tun hat. Wir glauben, dass die von uns für zentral erachteten Prinzipien keineswegs *deutsches* Gedankengut sind, und dass es deswegen auch wenig zielführend erscheint, mit deutsch klingenden – und durch lateinische Formeln geadelten – Prinzipien einen Kampf gegen Europa zu führen. Vielmehr entdecken wir hinreichend europäische – d.h. europapolitische und vor allem auch europarechtliche – Prinzipien, die, wenn sie nur konsequent bei der Formulierung und Durchführung europäischer Kriminalpolitik beachtet würden, für das notwendige rechte Fundament sorgen würden. Das Manifest bemüht sich – wie wir glauben: sehr erfolgreich – darum, die kriminalpolitischen Desiderate in dieser europäischen Diktion zu formulieren und damit ihre Anschlussfähigkeit zu unterstreichen. Allein die den europäischen (und europarechtlichen) Alltag prägenden Begriffe der Verhältnismäßigkeit, der *good governance* und der Subsidiarität sind tragfähige Schlagwörter im Wörterbuch einer zu fordernden prinzipienorientierten europäischen Kriminalpolitik.

Eine dritte Mut machende Überzeugung kommt hinzu: Wir sehen sowohl auf der Ebene der Politik als auch der Justiz in Europa Mitstreiter, die die Bedeutung prinzipienorientierter Kriminalpolitik erkennen, die verstehen, dass Kohärenz und Akzeptanz Voraussetzung (auch) der so sehr erwünschten *effektiven* Kriminalpolitik sind.

In diesem Sinn gibt es nicht zu viel (falsche) Kriminalpolitik in Europa, sondern einen Mangel an Kriminalpolitik,[5] und das Manifest versteht sich nicht als Manifest *gegen* eine europäische Kriminalpolitik, sondern explizit als Manifest *für* eine europäische Kriminalpolitik. Strafrecht ist zunehmend Europarecht, der Vertrag von Lissabon hat das bestätigt, vertieft und beschleunigt, diese Entwicklung ist nicht nur – soweit man es voraussehen kann – unumkehrbar, sondern eine Umkehrung erscheint auch nicht wünschenswert. Es geht darum, in dem eher verdun-

[5] So ausdrücklich auch Satzger in http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_380.pdf.

kelnden als erhellenden[6] Bild vom europäischen „Raum des Rechts, der Freiheit und der Sicherheit“ die (auch das Sicherheitsdach) tragende Wand der „Freiheit durch Recht“ zu verstärken.

3 Das Manifest

Dazu will das Manifest, das in wichtige europäische Sprachen übersetzt im Dezemberheft der ZIS-Online publiziert ist,[7] beitragen. Ich will − und muss angesichts des sich selbst erklärenden Manifestes − hier nur einige Kernaussagen, Prinzipien und Konkretisierungen hervorheben.

3.1 Kernaussagen

Europäische Kriminalpolitik laboriert u.a. daran, dass zu wenig strafrechtlich-kriminalpolitische Expertise in sie einfließt. In diesem Sinn weist das Manifest die vielen Kriminalpolitiker *ohne* kriminalpolitischen Hintergrund darauf hin (und erinnert die wenigen Kundigen daran), dass das Proprium des Strafrechts nicht getroffen wird, wenn es als „bereichsspezifischer Durchsetzungsmechanismus“ begriffen und benutzt wird. Es bedarf vielmehr einer expliziten und *reflektierten* Kriminalpolitik, an der es in Europa[8] wie in vielen seiner Mitgliedsstaaten[9] derzeit fehlt.

Diese explizierte und reflektierte Kriminalpolitik muss getragen sein von einem angemessenen Verständnis, erstens, der (herausgehobenen) *Eingriffsintensität* und, zweitens, des (begrenzten) *Problemlösungspotentials* des Strafrechts.

3.2 Prinzipien

Sechs Prinzipen sollte die europäische Kriminalpolitik leiten. Alle diese Prinzipien lassen sich – ungeachtet verbaler Anleihen aus dem Katalog (auch) der deutschen Strafrechtswissenschaft – unmittelbar aus dem Europäischen Recht ableiten.

---

[6] Damit wird angespielt auf die Heterogenität der drei Elemente dieses Bildes: es geht in diesem „Raum“ nicht um Freiheit, Sicherheit *und* Recht, sondern um „Freiheit durch Recht“ und um „Sicherheit durch Recht“, und in der Wirklichkeit europäischer Politik bisher ganz überwiegend um „*Sicherheit* durch Recht“, wie der Text der deutschen Präsidentschaft anlässlich des 50. Jahrestages der Römischen Verträge zeigt: „Durch den gemeinsamen Raum des Rechts, der Freiheit und der Sicherheit leistet die Europäische Union darüber hinaus einen wichtigen Beitrag zur gemeinsamen Sicherheit.“ (http://www.eu2007.de/de/The_Council_Presidency/treaties_of_rome/index.html).

[7] Vgl. http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_382.pdf.

[8] Anders bewertet das offensichtlich Mansdörfer, ZIS 2010, 11 ff. (12).

[9] Der Mangel an reflektierter und prinzipienorientierter (d.h. auch nachhaltig effektiver) Kriminalpolitik in den einzelnen Mitgliedsstaaten fällt deswegen weniger auf, weil die entsprechenden Strafrechtssysteme aus prämodernen Zeiten stammen, in denen die typischen Überforderungen des modernen Risikostrafrechts nicht in dieser Form auftraten.

Das Erfordernis eines legitimen Schutzzweckes

Das Grunderfordernis legitimen (europäischen) Strafrechts besteht aus dem Nachweis eines legitimen Schutzzweckes. Damit wird – gleichsam *en passant* − eine Absage an ein absolut begründetes und legitimiertes Strafrecht formuliert. Wichtiger ist das Prinzip als Verbotsschild an die Adresse (von vornherein nicht in absoluten Kategorien denkender) europäischer Politiker, dass die bloße Durchsetzung von Unionspolitiken den Einsatz von Strafrecht nicht legitimeren kann. Die Anforderung, den legitimen Schutzzweck des angestrebten Strafrechts nachzuweisen, ergibt sich zwanglos aus den anerkannten europäischen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der good governance.

Das Ultima-ratio-Prinzip

Auch dieses Prinzip − altehrwürdig, wie der Begriff es ausgibt, regelmäßig missachtet in europäischer wie mitgliedsstaatlicher kriminalpolitischer Praxis – verlangt nach den anerkannten Prinzipien europäischer Politik und europäischen Rechts Respekt. Es ist wiederum das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das den Einsatz des mildesten Mittels fordert, und es ist die Entscheidung der Europäischen Union, die Person, das Individuum, in den Mittelpunkt zu stellen, die klarstellt, dass Sanktionen, die die *individuelle Person* mit einem *stigmatisierenden sozialethischen Unwerturteil* treffen, kein mildes, sondern ein besonders scharfes, genauer das schärfste Mittel darstellen.

Der Schuldgrundsatz

Vor dem Hintergrund der Anerkennung des Strafrechts als eingriffsintensivster Sanktion und der hervorgehobenen Bedeutung der Gewährleistung der Menschenwürde in Europa ist strikt zu fordern, dass Kriminalstrafen persönliche Vorwerfbarkeit des inkriminierten Verhaltens voraussetzen. Angesichts des grundsätzlich anerkannten Schulderfordernisses (sogar) bei EG-*Verwaltungssanktionen* und der in Art. 48 Abs. 1 der EU-Grundrechtscharta garantierten Unschuldsvermutung sollte die Geltung dieses Prinzips selbstverständlich sein.

Das Gesetzlichkeitsprinzip

Auch dieses Prinzip erscheint zunächst im europäischen Rahmen als selbstverständlich anerkannt, bzw. anerkennenswert. Schließlich handelt es sich dabei um einen anerkannten europäischen Rechtsgrundsatz i.S. des Art. 6 Abs. 3 EU-Vertrag (n.F.) und um ein Prinzip, das zudem in Art. 7 Abs. 1 EMRK normiert ist. Die Mahnung an den europäischen Gesetzgeber, dieses Prinzip auch in der Kriminalpolitik zu beachten, verdankt sich den weit weniger konsentierten Konsequenzen dieses Prinzips für den gesetzgeberischen Alltag.

Zu nennen ist hier zunächst das *Bestimmtheitsgebot*, das in einem begrenzten Konflikt mit dem ebenfalls anerkannten Prinzip nur *subsidiärer* Wahrnehmung strafrechtlicher Harmonisierungskompetenzen steht. Die Umsetzungsspielräume, die sich daraus für das nationale Recht ergeben, bringen zwangsläufig ein bestimmtes Maß an Unbestimmtheit des europäischen Rechts mit sich. Die Mahnung gewinnt daher an Bedeutung, wenn Regelungen den Mitgliedsstaaten eher *geringere* Umsetzungsspielräume einräumen. Eine sehr spezifische und hohe Bedeutung ergibt sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz überall dort, wo (wie es häufig der Fall ist) im (europäischen) Strafrecht auf *andere* europäische Regelungen verwiesen wird.

Als zweite Anforderung aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ist das Rückwirkungsverbot zu nennen, das für sich genommen wiederum unbestritten ist, aber im Zusammenhang mit dem Lex-mitior-Prinzip Anlass zu kontroversen Diskussionen gegeben hat. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass dieses Prinzip grundsätzlich in allen Mitgliedsstaaten nachweisbar gilt, und dass ihm in der Rechtsprechung des EuGH höchste Bedeutung beigemessen wird, muss feststehen, dass der europäische Gesetzgeber an dieses Prinzip gebunden ist.[10]

Als dritte nicht-selbstverständliche Anforderung an den europäischen Gesetzgeber, die sich aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ergibt, ist das Erfordernis eines Parlamentsgesetzes zu nennen. Auch wenn und solange es an einer Kompetenz der Europäischen Union zur Setzung supranationalen Strafrechts fehlt, ist die verstärkte demokratische Legitimation auf europäischer Ebene durch eine verstärkte *Beteiligung des Europäischen Parlaments* zu fordern.

Das Subsidiaritätsprinzip

Dem Subsidiaritätsprinzip kommt im Bereich der europäischen Kriminalpolitik herausgehobene Bedeutung zu, weil die *strafrechtliche Werteordnung* der Mitgliedsstaaten nach Art. 4 Abs. 2 des EU-Vertrages (n.F.) ausdrücklich zur „nationalen Identität" der Mitgliedsstaaten zählt, so dass der europäische Gesetzgeber in jedem Einzelfall (!) nachweisen muss, dass die angestrebten Ziele auf der Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend und daher – wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen – besser auf europäischer Ebene erreicht werden können. Die Betonung ist hier darauf zu legen, dass die ernstzunehmende Beachtung dieses − normativ unstreitigen − Prinzips erfordert, dass die Entscheidung für eine europäische Regelung tatsächlich in jedem *Einzelfall* aufgrund einer *ausführlichen Evaluation* der mitgliedsstaatlichen und der europäischen Möglichkeiten erfolgt.

Das Kohärenzprinzip

Der europäische Gesetzgeber, der sich dem Prinzip der good governance verpflichtet fühlt, muss vor Erlass von strafrechtsrelevanten Rechtsakten die Folgen

[10] Vgl. genauer im Manifest, ZIS-Online 12/2009, S. 698.

für die vertikale und horizontale Kohärenz untersuchen. Das versteht sich bezüglich der horizontalen Kohärenz (der Kohärenz also mit dem durch bestehende EU-Rechtsakte geschaffenen Bezugsrahmen) wohl von selbst; wichtiger ist daher, dass wegen der Eingriffsintensität des Strafrechts und der auch deswegen begründeten Verankerung der Strafrechtsordnungen in der durch EU-Recht geschützten „nationalen Identität" der Mitgliedstaaten, auch die vertikale Kohärenz – nicht nur floskelhaft – zu beachten ist. Konkrete Bedeutung hat dies z.B. dort, wo von der EU vorgegebene *Mindesthöchststrafen* die Gefahr enthalten, in den Mitgliedsstaaten zu systemwidrigen Erhöhungen der Höchststrafen zu führen.

3.3 Konkretisierungen

An einigen Beispielen sei – skizzenhaft – angedeutet, was es bedeutet, die im Manifest niedergelegten Prinzipien und Maßstäbe an konkrete europäische Rechtsakte anzulegen.

Kritik europäischer Strafgesetzgebung

Legt man die zum zu fordernden *legitimen Schutzzweck* formulierten Maßstäbe an die Rahmenbeschlüsse zur Organisierten Kriminalität (2008)[11] und zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung und der Kinderpornographie (2004)[12] an, dann ergibt sich schnell, dass ersterer den Schutzzweck zu vage formuliert, um als legitimer Schutzzweck Anerkennung zu verdienen, und dass der zweite hier genannte Rahmenbeschluss ungeachtet des unbestreitbar legitimen kriminalpolitischen Anliegens den Schutzzweck so weit formuliert, dass auch ihm nicht zugebilligt werden kann, die Anforderungen an den zu nennenden legitimen Schutzzweck zu erfüllen.[13]

Ähnlich kritisch müssen – allerdings sub specie des Ultima-ratio-Prinzipes und der Verhältnismäßigkeit – der ergänzende Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung (2008)[14] *und die Richtlinie zum Umweltstrafrecht (2008)*[15] *evaluiert werden. Mit der zuletzt genannten Richtlinie werden die Mitgliedsstaaten u.a. verpflichtet, Verwaltungsunrecht anderer Mitgliedsstaaten zu kriminalisieren, was mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht in Übereinstimmung zu bringen ist. Und auch bei der Bekämpfung des Terrorismus lässt der europäische Gesetzgeber das nötige Augenmaß insofern vermissen, als die Kriminalisierungsverpflichtung der Mitgliedsstaaten auch weit vor jeder objektiven, selbst abstrakten Gefährdung von Rechtsgütern liegendes Verhalten umfasst, also eine sehr weitgehende Vorverlagerung der Strafbarkeit mit sich bringt.*[16]

---

[11] Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABl. 2008 Nr. L 300, S. 42.

[12] Rahmenbeschluss 2004/68/JI, ABl. 2004 Nr. L 13, S. 44.

[13] Ausführlicher im Manifest, ZIS 12/2009, S. 700.

[14] Rahmenbeschluss 2008/919/JI, ABl. 2008 Nr. L 330, S. 21.

[15] Richtlinie 2008/99/EG, ABl. 2008 Nr. L 328, S. 28.

[16] Zur ausführlicheren Begründung der Kritik vgl. im Manifest, ZIS 12/2009, S. 701.

Anerkennung europäischer Strafgesetzgebung

Das Anlegen der im Manifest niedergelegten Maßstäbe zeigt aber durchaus auch zu Optimismus anregende Ergebnisse. So zeigt die Richtlinie über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die nicht aufenthaltsberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen (2009),[17] *und der Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme (2005)*[18] *durchaus die positive Tendenz, die Kriminalisierungspflichten auf besonders strafwürdige Verhaltensweisen zu begrenzen, wodurch das Ultima-ratio-Prinzip Anerkennung findet.*[19]

Auch das Erfordernis konkreter Benennung legitimer Schutzinteressen wird in manchen europäischen Rechtsakten erfüllt. Das gilt, ohne dass hier auf Details eingegangen werden muss,[20] sowohl für den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Menschenhandels (2002)[21] als auch für die Konvention zum Schutz der finanziellen Interessen der EG (1995).[22]

4 Aussichten

4.1 „Marketing für die Vernunft"

Ob und gegebenenfalls welchen Erfolg ein solches Manifest unmittelbar hat, zeigt sich, wenn überhaupt, erst mit einigem zeitlichen Abstand. Die Arbeitsgruppe war sich jedenfalls nicht zu schade, „Marketing für die Vernunft" zu betreiben und hat das Manifest an *opinion leaders* in Politik und Recht, Wissenschaft und Publizistik in den Mitgliedsstaaten versandt. Im deutschen Sprachraum hat dankenswerterweise sowohl die ZIS[23] als auch die Neue Kriminalpolitik[24] das Manifest abgedruckt. Weitere Verbreitung hat es auch durch eine positive Rezension Friedrich Christian Schroeders in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung gefunden.[25]

4.2 Erste Reaktionen auf das Manifest

Im Hinblick auf unsere Intentionen besonders wertvoll einzuschätzen ist eine sehr positive Aufnahme des Manifests durch die Kommissionsvizepräsidentin und Jus-

---

17 Richtlinie 2009/52/EG, ABl. 2009 Nr. L 69, S. 24.

18 Rahmenbeschluss 2005/222/JI, ABl. 2005 Nr. L, S. 67.

19 Ausführlicher im Manifest, ZIS 12/2009, S. 700.

20 Vgl. etwas ausführlicher im Manifest, ZIS 12/2009, S. 699 f.

21 Rahmenbeschluss 2002/629JI, ABl. 2002 Nr. L 203, 1.

22 ABl. 1995 Nr. C 316, S 49.

23 ZIS 12/2009, S. 695 ff. In der ZIS sind dem europäischen Anspruch des Manifests und dem "I" (für „internationale") im Titel der OnlineZeitschrift entsprechend neben der deutschen auch die englische, französische, italienische, spanische, rumänische und griechische Fassung abgedruckt.

24 Neue Kriminalpolitik 2010, S. 108 ff.

25 FAZ vom 5.3.2010.

tizkommissarin Viviane Reading, die im Juni eine Abordnung der Arbeitsgruppe zu einem Gespräch empfangen hat, und deren grundsätzliche Offenheit für die Thesen des Manifests sich auch schon in einem Vortrag vor der European Law Academy in Trier gezeigt hat, in dem sie über die Entwicklungen im europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts urteilte: „Progress in justice in Europe has been rather limited and the focus has been more on security issues“.[26] Auch ihre ebenfalls in dieser Rede dargelegte Überzeugung, dass der „mutual trust“, den die Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten im Bereich von Strafrecht und Kriminalpolitik voraussetze, noch keineswegs existiere oder sich von alleine ergebe, insbesondere nicht verordnet werden kann, sondern verdient werden muss, entspricht genau der Grundüberzeugung der Mitglieder der Arbeitsgruppe, der zu Folge jedenfalls *nachhaltige* Effektivität nur durch eine normativ überzeugende, d.h. auch durch eine prinzipienorientierte Kriminalpolitik geschaffen werden kann.

Auch auf der Ebene des Europäischen Parlaments ist das Manifest gehört worden, wie eine Anhörung zum europäischen Strafrecht am 22. Juni 2010 zeigte, in der nicht nur Helmut Satzger die Gelegenheit gegeben wurde, das Manifest vorzustellen, sondern auch der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof Yves Bot und der Kabinettschef von Justizkommissarin Reading mit Äußerungen hervortraten, die zeigen, dass die *European Criminal Justice Policy Initiative* und ihre Inhalte (alles andere als naiv) im Alltag europäischer Rechts- und Kriminalpolitik angekommen sind.

4.3 Standortbestimmung

Diese erfreulichen Entwicklungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Dominanz des Sicherheitsdenkens schwerlich anzutasten sein wird. Dafür sorgen wird, dass die in den Mitgliedsstaaten traditionell zu beklagende traditionelle Schwäche des Justizministeriums gegenüber den für die innere und äußere Sicherheit zuständigen Ministerien in Europa sich nicht plötzlich in ihr Gegenteil verkehren wird.

Und immer neue Bedrohungen durch Umwelt, organisierte Kriminalität und Terrorismus und der sie verbreitende politisch-publizistische Kreislauf werden mangels effektiver Möglichkeiten der (auch europäischen) Politik Anlässe für symbolische Politik sein. Und unverändert gilt, dass wer nicht handeln kann, aber den Eindruck festen Auftretens vermitteln will (oder auch muss), sich für die Art symbolischer Politik gerne der Kriminalpolitik bedient. Das gilt in besonderem Maße für systemische Probleme, die entsprechend ihrer Bezeichnung regelmäßig als unerfreuliche Begleiterscheinung des Systems auftreten. Symbolische strafrechtliche Antworten camouflieren, dass diese unwillkommenen Nebenfolgen letzten Endes vom politischen System in Kauf genommen werden und erwecken den Eindruck,

[26] Das Manuskript der Rede findet sich auf der Homepage von Frau Reading, vgl.: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/multimedia/speeches/index_en.htm.

das politische System wende sich entschieden (besonders entschieden sogar, weil das Strafrecht einsetzend!) gegen das Problem. Nirgends ist das besser zu beobachten als im ökonomisch-ökologischen Zusammenhang. Fehlende Grenzen ökonomischen Handelns führen zwangsläufig zu ökologischen Katastrophen; Umweltstrafrecht suggeriert, dass das Umweltproblem keine Konsequenz verfehlter Wirtschafts- und Umweltpolitik ist, sondern das Ergebnis individuell zurechenbaren strafbaren Verhaltens.

Ähnliches gilt für systemische Probleme eines anderen Zuschnitts. Freiheitliche Systeme, die Voraussetzung sind für Frieden, Freiheit und Wohlstand, bergen unabänderliche Risiken für die Freiheit ausnutzende Aktionen nationalen oder internationalen Terrorismus. Treten solche Ereignisse ein, sieht sich die Politik im Handlungszwang. Da – überwiegend[27] und vollkommen zu Recht (!) – nicht daran gedacht wird, die freiheitlichen Grundlagen gänzlich außer Kraft zu setzen, wird auf symbolische Antworten gesetzt, für die wiederum das Strafrecht erster und bester Kandidat ist. Zusammengefasst: The security show will go on!

5 Chancen zur Neubesinnung

Das Problem, so kann man Sorgen und Hoffnungen vielleicht zusammenfassen, ist nicht Europa, sondern fehlende und z.T. verfehlte Kriminalpolitik.

Europa kommt ins Spiel, weil die politischen Neujustierungen und ihre rechtlichen Konsequenzen die Möglichkeiten zum Umbau der in den Mitgliedsstaaten traditionell bestehenden Balancen zwischen Freiheit und Sicherheit eröffnet. Hier zeigen sich Chancen und Risiken.

Man kann Europa nutzen – und die bisherige Exekutivlastigkeit Europas hat insoweit Befürchtungen geweckt – um die lästigen Fesseln, die den Nationalstaat an jeder Art von „Basta“-Politik hindern, zu beseitigen. Hier sehe ich, um an das eingangs besprochene Begriffspaar von Normalisierungsrisiken und Neubesinnungschancen anzuknüpfen, Risiken der Normalisierung.

Man kann Europa aber auch nutzen, um den historisch bestehenden gemeinsamen Prinzipien der europäischen Staaten auch im vereinten Europa zu neuer Kraft zu verhelfen. Und darin sehe ich Chancen zur Neubesinnung, Chancen, die durch den Vertrag von Lissabon und durch den Beitritt von Staaten, die aufgrund ihrer jüngsten politischen Geschichte Freiheit noch nicht wieder für eine Selbstverständlichkeit halten, gestiegen sind. Auf diese europäische Karte setzt der Arbeitskreis!

[27] Wenn man von den fragwürdigen Vorschlägen absieht, neben das freiheitliche Bürgerstrafrecht ein Feindstrafrecht zu setzen, dass kein Recht, sondern einen Krieg darstellt, der noch hinter den völkerrechtlich ansatzweise gebändigten Krieg zurückfällt.

Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV*

Joachim Vogel, Tübingen

In der bis zum 30.11.2009 geltenden „Pfeiler-" oder „Säulenarchitektur" der Europäischen Union (Union) verteilten sich deren Strafgesetzgebungskompetenzen[1] auf verschiedene „Pfeiler" oder „Säulen": Einerseits bestand im „ersten Pfeiler" die Möglichkeit der Strafrechtsharmonisierung durch Richtlinien in Politikbereichen, die in die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaften fielen, auf der Grundlage der jeweiligen allgemeinen Ermächtigungsgrundlagen[2]. Andererseits eröffneten

---

* Überarbeitete und aktualisierte Fassung des Vortrages auf der Tagung „Europäisches Strafrecht post-Lissabon: (Normalisierungs-) Chancen oder (Verstetigungs-) Risiken" am 2.7.2010 an der Universität Göttingen. Der ursprüngliche Vortragstitel lautete: „Die neuen Europäischen Strafrechtssetzungs- (Art. 325 AEUV) und -harmonisierungskompetenzen (Art. 83 AEUV) als kriminalpolitische Ventile?"

[1] Unter „Strafgesetzgebung" der Union verstehe ich sowohl den Erlass von unmittelbar geltenden Verordnungen mit strafrechtlichem Inhalt als auch den von noch in nationales Recht der Mitgliedstaaten umzusetzenden Richtlinien oder Rahmenbeschlüssen mit strafrechtlichem Inhalt.

[2] Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.9.2005, Rs. C-176/03 „Kommission ./. Rat", Slg. 2005 I-7879; s. hierzu *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 43. Ergänzungslieferung März 2011, Art. 83 AEUV Rdn. 71 mit umf. Nachw. zu der – teils stark kritischen – literarischen Diskussion.

Art. 29, 31 und 34 EUV i. d. F. der Verträge von Amsterdam vom 2.10.1997[3] und Nizza vom 26.2.2001[4] die Möglichkeit einer Strafrechtsharmonisierung im „dritten Pfeiler“ ohne Mitentscheidung des Europäischen Parlaments durch Übereinkommen oder – in der Praxis nahezu ausschließlich – Rahmenbeschlüsse, die zumindest in der Praxis nicht auf die in Art. 31 Abs. 1 Buchst. e) EUV i. d. F. des Vertrags von Nizza benannten Kriminalitätsbereiche beschränkt waren[5]. Eine Sonderrolle spielte der Bereich der Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, der seit dem Vertrag von Amsterdam in Art. 280 EGV geregelt war. Dessen Absatz 4 Satz 2 bestimmte allerdings, dass Maßnahmen nach dieser Vorschrift die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und der Strafrechtspflege unberührt lassen mussten, was weithin als Ausschluss strafrechtsharmonisierender Richtlinien oder gar Verordnungen verstanden wurde[6].

Der Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007[7] verfolgt u. a. die Ziele, der Union einen einheitlichen Rechtsrahmen ohne verschiedene „Pfeiler“ oder „Säulen“ zu geben und eine bessere, nämlich klarere und sachgerechtere Kompetenzabgrenzung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund regelt der Vertrag von Lissabon auch die Unionskompetenzen auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts neu: Die Strafrechtsharmonisierungskompetenz ist im Grundsatz einheitlich in Art. 83 AEUV geregelt. Für den Sonderbereich des Schutzes der finanziellen Interessen der Union stehen allerdings weiterhin mit Art. 86, 325 AEUV besondere Vorschriften zur Verfügung. Den genannten Artikeln will im mich im Folgenden zuwenden und drei Fragen erörtern: Wie weit reichen die Strafgesetzgebungskompetenzen der Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV (rechtsdogmatische Frage)? Wie will bzw. wird die Union diese Kompetenzen nutzen (empirisch-rechtstatsächliche Frage)? Und wie sollte sie sie nutzen (normativ-rechtspolitische Frage)?

1 Reichweite der Strafgesetzgebungskompetenzen nach Art. 83, 86 und 325 AEUV

1.1 Grundlagen

Strafrecht ist eine der Konstituenten des Unionsraumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, und Strafgesetzgebungskompetenzen sind Kompetenzen im Bereich Freiheit, Sicherheit und Recht, für den die Union nach Art. 5 Abs. 2 Buchst. j) AEUV eine mit den Mitgliedstaaten „geteilte Zuständigkeit“, in deutscher Ter-

[3] ABl. C 340 v. 10.11.1997 S. 1, BGBl. 1998 II S. 387.

[4] ABl. C 80 v. 10.3.2001, BGBl. 2001 II S. 1667.

[5] S. hierzu *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 5 mit Nachw.

[6] S. hierzu *Vogel* (Fn. 2), Art. 86 AEUV Rdn. 48 mit Nachw.

[7] ABl. C 306 v. 17.12.2007 S. 1, BGBl. 2008 II S. 1038.

minologie: eine konkurrierende Kompetenz hat. Die deutschen Erfahrungen mit konkurrierenden Kompetenzen (des Reichs bzw. Bundes) gehen dahin, dass sie im Laufe der Zeit praktisch vollständig auf die zentrale Körperschaft (Reich bzw. Bund) übergehen; es ist nicht zu erwarten, dass die europäischen Erfahrungen andere sein werden. Die hierdurch bewirkte Unionisierung der Strafgesetzgebung wird dadurch intensiviert und perpetuiert, dass, soweit die Union von ihrer geteilten Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat, keine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten mehr gegeben ist. Insbesondere dürfen Mitgliedstaaten in Bereichen, in denen die Union Mindestvorschriften über Straftaten und Strafen festgelegt hat, dieses Mindestniveau nicht mehr im Alleingang unterschreiten; eine rein nationale Politik der Entkriminalisierung oder Suche nach Alternativen zum Strafrecht ist für unionisiertes Strafrecht ausgeschlossen, sondern es müssen hierfür Mehrheiten im Rat der Union (Rat) und im Europäischen Parlament gesucht werden[8]. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Mitgliedstaaten die Auslegungshoheit über unionisiertes Strafrecht verlieren, die auf den Gerichtshof der Europäischen Union (Gerichtshof) übergeht, dem nationale Stellen Gültigkeits- und Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vorlegen dürfen bzw. müssen.

Alles das vor Augen hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem grundlegenden Lissabon-Urteil vom 30.6.2009[9] ausgesprochen, dass die Strafgesetzgebungskompetenzen der Union „strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen" seien. Strafrechtspflege sei eine zentrale Aufgabe staatlicher Gewalt, Strafe zähle zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat, und die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten sei in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet. Eine Übertragung von Hoheitsrechten dürfe in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen; dabei müssten grundsätzlich substanzielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben; und Strafrecht dürfe nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektuierung einer internationalen Zusammenarbeit verwendet werden. – So mag das Primärrecht der Union in deutscher verfassungsrechtlicher Sicht zu handhaben sein. Aber die Bundesrepublik Deutschland ist nicht der Präzeptor Europas. In unionsrechtlicher Sicht ist vielmehr der Grundsatz führend, dass eine Norm so auszulegen ist, dass das mit ihr verfolgte Ziel am besten erreicht werden kann (effet utile). Folgerichtig hat der Gerichtshof mehrfach erkennen lassen, dass er strafrechtliche Ermächtigungsgrundlagen extensiv und dynamisch auszulegen und nichtstrafrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen strafrechtlichen Gehalt zu geben bereit ist[10].

---

[8] Siehe hierzu *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 21.

[9] BVerfGE 123, 267 (410).

[10] S. erneut EuGH (Fn. 2).

1.2. Strafgesetzgebungskompetenz nach Art. 83 AEUV

Die Strafgesetzgebungskompetenz nach Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV ist eine Harmonisierungskompetenz und beschränkt auf die Handlungsform der Richtlinie. Damit ist Unionsstrafgesetzgebung im engeren Sinne – Erlass unmittelbar in den Mitgliedstaaten für und gegen Unionsbürger geltenden Strafrechts – ausgeschlossen. Gleichwohl handelt es sich um Unionsstrafgesetzgebung im weiteren Sinne, weil strafrechtsharmonisierende Richtlinien von den Mitgliedstaaten fristgerecht und vollständig umzusetzen sind; dies nicht zu tun, liegt nicht in der normativen Freiheit der Mitgliedstaaten (wie es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bei den früheren Rahmenbeschlüssen der Fall war[11]), sondern löst ein Vertragsverletzungsverfahren und gegebenenfalls eine Verurteilung durch den Gerichtshof aus.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zum früheren Recht liegt darin, dass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV stattfindet. Das heißt zuvörderst, dass nicht nur der Rat entscheidet, sondern das Parlament mitentscheidet und – insbesondere – Änderungsvorschläge machen kann. Das mildert erheblich das bisherige, mit Recht kritisierte Demokratiedefizit der Unionsstrafgesetzgebung. Für die Praxis führt es dazu, dass Richtlinien nach Art. 83 AEUV im Trílog zwischen Rat – dort operativ federführend der Ständige Ausschuss nach Art. 71 AEUV (COREPER) –, Parlament – dort operativ federführend der Ausschuss Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) – und Kommission – dort operativ federführend der Kommissar und die Generaldirektion Justiz – verhandelt werden, wie wir es erstmals bei den Verhandlungen über die Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates[12] erlebt haben. Die Erwartung, die Mitentscheidung des Europäischen Parlaments werde die vielbeklagte Punitivität des Unionsstrafrechts mildern, wird durch die Erfahrung der Verhandlungen dieser Richtlinie nicht bestätigt; im Gegenteil drängte das Europäische Parlament teils durchaus punitiv auf weitergehende Inkriminierungen, namentlich eine „Freierstrafbarkeit", sofern die Prostituierte ein Menschenhandelsopfer ist und der „Freier" dies für möglich hält.

Die aus Sicht der Mitgliedstaaten drastischste Rechtsänderung besteht darin, dass der Rat einen Richtlinienentwurf nach Art. 83 AEUV mit qualifizierter Mehrheit annimmt; dann ist die Richtlinie auch für die Mitgliedstaaten verbindlich, die gegen den Entwurf gestimmt haben. Strafrechtskritische Mitgliedstaaten müssen also eine Sperrminorität organisieren, die in heiklen Bereichen wie der sexuellen Ausbeutung von Frauen und Kindern politisch unerreichbar sein kann. Werden

---

[11] BVerfGE 113, 273 (301: „notfalls auch (…) Verweigerung der Umsetzung").

[12] ABl. L 101 v. 15.4.2011 S. 1; Dokumentation bei http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/de/vorgang/205/ und von *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (382) und 749 (753).

solche Mitgliedstaaten überstimmt, so steht ihnen nur mehr der „Notbremsemechanismus“ nach Art. 83 Abs. 3 AEUV zu Gebote. Dazu muss der Richtlinienentwurf aber geradezu „grundlegende Aspekte“ der Strafrechtsordnung des „notbremsenden“ Mitgliedstaats berühren. Dafür genügt schlichter kriminalpolitischer Dissens nicht, sondern der Entwurf muss aus Sicht des „notbremsenden“ Mitgliedstaats gravierende Probleme, namentlich solche verfassungsrechtlicher Art, aufwerfen, mag es auch Sache des Mitgliedstaats sein, dies zu beurteilen[13]. Im Übrigen dürfte die politische Hürde, den Europäischen Rat, das heißt die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, mit einem Richtlinienentwurf sagen wir betreffend die Computerkriminalität zu befassen, ausgesprochen hoch sein. Ob die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf § 9 Abs. 1 Integrationsverantwortungsgesetz (InVG) – hiernach muss der deutsche Vertreter im Rat einen Antrag nach Art. 83 Abs. 3 AEUV stellen, wenn der Bundestag ihn hierzu durch Beschluss anweist – zum „Notbremser“ gegen Strafrechtsharmonisierung in der Union wird, bleibt abzuwarten. In jedem Fall ist festzuhalten, dass das neue Recht die Verhandlungsposition einzelner Mitgliedstaaten auch und gerade im Hinblick auf die inhaltliche Ausrichtung eines Richtlinienentwurfs deutlich schwächt, wenn eine Mehrheit von Mitgliedstaaten in eine bestimmte kriminalpolitische Richtung geht.

In der Sache ermächtigt Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV die Union dazu, Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension festzulegen. Zu den Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten können auch allgemeine Vorschriften über Vorsatz und Irrtum, Versuch und Rücktritt u. dgl. zählen[14]. Mindestvorschriften für Strafen sind nicht nur die bisher allein verwendeten Mindest-Höchststrafen, sondern auch – weit eingreifender – Mindest-Mindeststrafen, mindestens einzuführende Strafschärfungsgründe und mindestens einzuführende weitere Rechtsfolgen wie Verfall, Einziehung und Berufsverbote[15]. Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV nennt neun Bereiche, die – in abstracto[16] – besonders schwere Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension beinhalten und vom Terrorismus bis zur organisierten Kriminalität reichen. Die meisten dieser Bereiche sind bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon durch Rahmenbeschlüsse harmonisiert worden[17]; dies zu „lissabonisieren“, also in Richtlinien zu überführen, ist aus Sicht der Union gleichwohl sinnvoll, auch weil dann das Vertragsverletzungsverfahren eröffnet ist, um umsetzungsunwillige oder -unfähige Mitgliedstaaten zur Umsetzung zu zwingen. Bemerkenswerter Weise nicht erfasst ist der Bereich des Rassis-

---

[13] Zur Möglichkeit einer Missbrauchskontrolle durch den EuGH *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 89 i. V. m. Art. 82 AEUV Rdn. 102.

[14] Näher *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 36 mit Nachw.

[15] Näher *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 37 ff. mit Nachw.

[16] Zum Problem *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 52 mit Nachw.

[17] Zusammenstellung bei *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 53 ff.

mus und der Fremdenfeindlichkeit, so dass das Schicksal des diesbezüglichen Rahmenbeschlusses fragwürdig erscheint[18].

Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV lässt die die Einbeziehung weiterer Bereiche in die Unionskompetenz zu, knüpft das freilich an die hohe Verfahrenshürde eines einstimmigen Ratsbeschlusses nach Zustimmung des Europäischen Parlaments; aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland bedarf es nach § 7 InVG zudem eines Gesetzes nach Art. 23 Abs. 1 GG. In der Sache müssen neue Bereiche „besonders schwere Kriminalität“ beinhalten, die „aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben“. Dafür will das BVerfG strenge Maßstäbe anlegen[19]; unionsrechtlich und im Hinblick auf die laxe Praxis der Unionsorgane erscheint fragwürdig, ob sich solche Maßstäbe werden durchsetzen können.

Schließlich enthält Art. 83 Abs. 2 AEUV eine „Annexkompetenz“ zur Strafrechtsharmonisierung in Bereichen, die die Union bereits vorstrafrechtlich harmonisiert hat. Bereits nach früherem Recht hatte der Gerichtshof[20] zugelassen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber in Politikbereichen, in denen Rechtsangleichung durch Richtlinien zulässig war, auch das Strafrecht betreffende Richtlinien annahm, wenngleich solche Richtlinien Art und Maß der Sanktionen nicht festlegen durften, wofür vielmehr (parallele) Rahmenbeschlüsse eingesetzt werden mussten und auch eingesetzt wurden. Art. 83 Abs. 2 AEUV beinhaltet deshalb – entgegen der Einschätzung des BVerfG[21] – *keine* gravierende Kompetenzausdehnung im Vergleich zum vorherigen Recht. Im Gegenteil handelt es sich um eine tendenziell restriktive Vorschrift, die sich auf Politikbereiche beschränkt, in denen Harmonisierungsmaßnahmen bereits erfolgt sind, und die dem „Notbremsemechanismus“ des Art. 83 Abs. 3 AEUV unterliegt. In der Sache hebt der Normtext hervor, dass die Strafrechtsharmonisierung „unerlässlich“ für die Durchführung der betreffenden Politik sein muss. Dazu hat das BVerfG aus deutscher Sicht verlangt, es müsse nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich bestehe und nur durch Strafdrohung beseitigt werden könne[22]. Unionsrechtlich dürfte ein weniger strenger Maßstab gelten, und es dürfte genügen, dass es um zweifelsohne strafwürdiges und strafbedürftiges Unrecht geht, das straflos zu lassen nicht mehr vertretbar wäre[23]. Auch an dieser Stelle bleiben freilich die Unionspraxis und gegebenenfalls die Reaktion des BVerfG abzuwarten.

---

[18] Näher *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 47 mit Nachw.

[19] Vgl. BVerfGE 123, 267 (410 f.).

[20] S. erneut EuGH (Fn. 2).

[21] BVerfGE 123, 267 (411).

[22] BVerfGE 123, 267 (412).

[23] So *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 83.

1.3. Strafgesetzgebungskompetenzen nach Art. 86, 325 AEUV

Bekanntlich waren die Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union Gegenstand der ersten Harmonisierungsmaßnahme der Union, nämlich des Übereinkommens aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.11.1995 (FinSchÜbk) und der weiteren Protokolle hierzu[24]. Den Versuchen der Kommission, die materiell-strafrechtliche Harmonisierung unter der Geltung der Verträge von Amsterdam und Nizza weiter zu entwickeln[25], war freilich kein Erfolg beschieden, u. a. weil die Unionskompetenz hierfür im Hinblick auf Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV a. F. zweifelhaft erschien. Aber auch nach dem Vertrag von Lissabon ist nicht klar, wo die Strafgesetzgebungskompetenz für den Finanzschutzbereich angesiedelt ist.

In Betracht kommt zunächst Art. 86 Abs. 2 Satz 1 AEUV. Dort ist im Zusammenhang mit der möglichen Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (EStA) bestimmt, sie sei für Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union zuständig, die „in der Verordnung nach Absatz 1“ – d. h. der Verordnung, durch die die EStA eingesetzt wird – „festgelegt“ sind. Daraus wird hergeleitet, bei Errichtung einer EStA könne die Union durch Verordnung unmittelbar für und gegen Unionsbürger geltende Strafgesetze zum Schutz der finanziellen Interessen der Union erlassen, die von den mitgliedstaatlichen Strafgerichten mit Vorrang vor dem nationalen Recht anzuwenden seien. Das wäre der Schritt zu Unionsstrafgesetzgebung im engeren Sinne! In der Tat hatte die Kommission bereits in ihrem Grünbuch vom 11.12.2001 zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft[26] die Möglichkeit der „Schaffung eines vom Recht der Mitgliedstaaten unabhängigen europäischen Strafrechts“ bzw. der „Neuschöpfung eines europäischen Strafrechts“ in Betracht gezogen. Vor dem damaligen primärrechtlichen Hintergrund sprach sich die Kommission im Ergebnis für ein „Harmonisierungskonzept“ aus, das freilich einen hohen, letztlich auf Vereinheitlichung hinauslaufenden Harmonisierungsgrad in folgenden Bereichen aufweisen sollte: Definition der Straftatbestände; Sanktionen, namentlich das Höchstmaß von Freiheits- oder Geldstrafe, Strafmilderungs- und -schärfungsgründe, alternative oder zusätzliche Strafen wie den Ausschluss von Vergabeverfahren sowie Einziehung von Tatwerkzeugen und Verfall von Erträgen; Verantwortlichkeit juristischer Personen; Verjährung. Nach dem nunmehrigen Recht wird vertreten, alle diese Bereiche könnten

[24] ABl. C 316 v. 26.11.1995 S. 49; C 313 v. 22.10.1996 S. 2; C 151 v. 20.5.1997 S. 1; C 221 v. 18.7.1997 S. 1. – Alle Normtexte und weitere Dokumente zum Finanzschutzbereich sind abrufbar unter http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/de/sachgebiete/bt/pif/.

[25] S. insbesondere den Vorschlag v. 23.5.2001 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, KOM(2001) 272 endgültig, geändert in KOM(2002) 577 endgültig v. 16.10.2002.

[26] KOM(2001) 715 endgültig.

und sollten auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 AEUV im Verordnungswege geregelt werden.

Ich teile diese Auffassung nicht[27]. Für die Strafrechtsharmonisierung stellt der Vertrag von Lissabon im Grundsatz nur die Handlungsform der Richtlinie zur Verfügung (vgl. Art. 83, auch 82 Abs. 2 AEUV). In der Tat wäre einerseits zu erwägen, ob der bereits in hohem Maße harmonisierte Finanzschutzbereich in Art. 83 Abs. 2 AEUV anzusiedeln ist. Andererseits und vor allem muss Art. 325 Abs. 4 AEUV in den Blick genommen werden. Hiernach beschließen das Europäische Parlament und der Rat zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die „erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten"; der im früheren Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV a. F. enthaltene Vorbehalt, die Maßnahmen müssten die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und der Strafrechtspflege unberührt lassen, ist entfallen. Daraus folgt, dass Art. 325 Abs. 4 AEUV Richtlinien zur Strafrechtsharmonisierung im Finanzschutzbereich mit erfasst, und zwar unabhängig von der Einrichtung einer EStA und im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, nicht im besonderen (und hürdenreichen), wie es in Art. 86 Abs. 1 AEUV vorgesehen ist. Art. 86 Abs. 2 Satz 1 AEUV ist also einschränkend im Sinne einer „jurisdiktionellen Interpretation" zu lesen: In der Verordnung, durch die eine EStA eingesetzt wird, wird nur deren *Zuständigkeit* zur Verfolgung bestimmter, ggf. näher umschriebener Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union festgelegt. Die entsprechenden *Strafgesetze* finden sich in den mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen, die betreffend den Finanzschutzbereich mit dem FinSchÜbk bereits harmonisiert sind – aber dem Europäischen Parlament und dem Rat bleibt es unbenommen, eine weitergehende Harmonisierung im Rahmen des Art. 325 Abs. 4 AEUV vorzunehmen, wie sie in der Mitteilung der Kommission „Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union durch strafrechtliche Vorschriften und verwaltungsrechtliche Untersuchungen – Gesamtkonzept zum Schutz von Steuergeldern" vom 26.5.2011[28] in der Tat als wünschenswert dargestellt wird.

In der Sache sind Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union solche, die geeignet sind, sich nachteilig auf finanzielle Interessen der Union auszuwirken[29]. Ein „Nachteil" für die „finanziellen Interessen" der Union ist nicht mit einem Vermögensschaden i. S. der deutschen Strafrechtsdogmatik gleichzusetzen; es handelt sich vielmehr um unionsrechtliche Begriffe, die autonom und vor dem Hintergrund des bereits vorhandenen Sekundärrechts im Finanzschutzbereich auszulegen sind. Erfasst sind alle Unionsinteressen finanzieller Natur z. B. auch an der zeitgerechten und vollständigen Erhebung von Abgaben oder an der Integrität des Euro als Währung der Eurozone. Nachteilig ist nicht nur die (endgültige)

[27] Näher *Vogel* (Fn. 2), Art. 86 Rdn. 46 ff.

[28] KOM(2011) 293 endgültig.

[29] *Vogel* (Fn. 2), Art. 86 Rdn. 22.

Schädigung dieser Interessen, sondern auch deren Gefährdung. Im Einzelnen zählen zu den Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Betrug im Sinne von Art. 1 Abs. 1 FinSchÜbk, zu dem auch der Abgaben-, Zoll- und Subventionsbetrug sowie missbräuchliche Subventionsverwendung zählt, aber auch die Urkundenfälschung, wenn sie einen Nachteil für finanzielle Interessen der Union mit sich bringt (vgl. Art. 1 Abs. 3 FinSchÜbk), des weiteren Bestechung und Bestechlichkeit, wenn hierdurch die finanziellen Interessen der Union geschädigt werden oder geschädigt werden können (vgl. Art. 2 und 3 des [ersten] Protokolls vom 27.09.1996 zum FinSchÜbk), schließlich die Geldwäsche an Erträgen, die aus solchen Straftaten herrühren (vgl. Art. 1 e], Art. 2 Zweites Protokoll vom 19.06.1997 zum FinSchÜbk). Auf diesen acquis ist der Begriff der Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union aber nicht beschränkt. Im Grünbuch vom 11.12.2001 werden weiterhin genannt Ausschreibungsbetrug, kriminelle Vereinigung, Missbrauch von Amtsbefugnissen und Verletzung von Dienstgeheimnissen, soweit sie finanzielle Interessen der Union beeinträchtigen. Denkbare weitere Straftaten sind Unterschlagung und Untreue, insbesondere die sog. Haushaltsuntreue nationaler oder europäischer Amtsträger zum Nachteil des Unionshaushalts, oder sonstige Fälle des Amtsmissbrauchs wie z. B. die persönliche Begünstigung nahestehender Personen (frz. favoritisme), und in der Tat erwähnt die Mitteilung vom 26.5.2011 auch „Veruntreuung und Machtmissbrauch".

Es zeigt sich, dass der Finanzschutzbereich doch weit reicht, was die von *Satzger*[30] gestellte Frage als berechtigt erscheinen lässt, ob auf im Rahmen von Art. 325 Abs. 4 AEUV erlassene strafrechtsharmonisierende Richtlinien der „Notbremsemechanismus" des Art. 83 Abs. 3 AEUV analog angewendet werden kann, was *Satzger* bejaht. Es dürfte aber an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen. Die in Art. 82 Abs. 2 und 83 Abs. 3 AEUV enthaltenen „Notbremsen" sind eng begrenzte Ausnahmen für die allgemeinen Harmonisierungskompetenzen im Straf- und Strafprozessrecht. Im Finanzschutzbereich war ein „Notbremsemechanismus" nicht gewollt, und er erscheint auch in der Sache fragwürdig, da die Mitgliedstaaten insoweit spezifisch verpflichtet, nämlich kraft Unionstreue gehalten sind, die finanziellen Interessen der Union ebenso wie nationale und mindestens mit wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionen zu schützen, was einer „Notbremse" tendenziell entgegensteht.

[30] Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2011, § 9 Rdn. 53.

2 Strafgesetzgebungsvorhaben der Union auf der Grundlage der Art. 83, 86 und 325 AEUV

2.1 Vorhaben zur Strafrechtsharmonisierung nach Art. 83 AEUV

Bekanntlich fällt die Brüsseler Kriminalpolitik nicht vom Himmel, sondern wird in den Fünfjahresprogrammen des Europäischen Rates „programmiert". Für 2010-2014 maßgeblich ist das Stockholmer Programm, das der Europäische Rat am 10./11.12.2009 verabschiedet hat[31], und der hierzu von der Kommission vorgelegte Aktionsplan vom 20.4.2010[32]. Im Stockholmer Programm heißt es:

> „Vorrangig sollten (…) Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern sowie Kinderpornografie und Computerkriminalität berücksichtigt werden.
>
> Der Europäische Rat ersucht die Kommission,
>
> — zu prüfen, ob der Grad der Angleichung in Bezug auf die erlassenen Rahmenbeschlüsse ausreicht, und darüber Bericht zu erstatten, ob gemeinsame Begriffsbestimmungen und Strafen festgelegt werden müssen, und die Vorlage neuer Legislativvorschläge zu erwägen, falls eine weitere Angleichung erforderlich ist.
>
> Im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung sollten weitere Untersuchungen zum Verhältnis zwischen der Angleichung der Straftatbestände oder der entsprechenden Definitionen und der Regel der beiderseitigen Strafbarkeit angestellt werden. Die Kommission wird ersucht, zu diesem Thema einen Bericht an den Rat zu erstellen. Dabei könnte unter anderem auf die Erforderlichkeit und Durchführbarkeit einer Angleichung oder Definition der Straftatbestände, bei denen die beiderseitige Strafbarkeit nicht gilt, eingegangen werden.
>
> Strafrechtliche Bestimmungen sollten eingeführt werden, wenn sie als wesentlich für den Schutz der jeweiligen Interessen gelten, und generell nur als letztes Mittel eingesetzt werden.
>
> (…)
>
> Der Europäische Rat betont, wie wichtig es ist, dass die strafrechtlichen Bestimmungen in den verschiedenen Rechtsinstrumenten der Union miteinander in Einklang stehen; er ersucht den Rat,
>
> — die Arbeiten zur Festlegung einheitlicher Standardbestimmungen im Bereich des Strafrechts umzusetzen, und er ersucht den Rat und die Kommission, zusammen mit dem Europäischen Parlament weitere Überlegungen darüber anzustellen, wie die Kohärenz der strafrechtlichen Bestimmungen in verschiedenen Rechtsinstrumenten der Union verbessert werden kann (…)."

[31] ABl. C 115 v. 4.5.2010 S. 1.

[32] KOM(2010) 171 endgültig.

Sehr weitreichend erscheint der Prüfauftrag betreffend die „Erforderlichkeit und Durchführbarkeit einer Angleichung oder Definition der Straftatbestände, bei denen die beiderseitige Strafbarkeit nicht gilt“, zumal keineswegs für alle Deliktsbereiche, die z. B. in Art. 2 Abs. 2 RbEuHb aufgeführt sind, eine Harmonisierungskompetenz der Union ersichtlich ist.
Im Einzelnen sind prioritäre Strafrechtsbereiche des Stockholmer Programms mit konkreten Strafgesetzgebungsaufträgen:

- der Menschenhandel, zu dessen Bekämpfung und für den Opferschutz neue Rechtsvorschriften angenommen werden sollen;
- die sexuelle Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie, wo Rat und Europäisches Parlament neue Rechtsvorschriften zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie annehmen sollen;
- die Cyberkriminalität, wo die Zuständigkeitsregeln und der rechtliche Rahmen geklärt werden sollen, der innerhalb der Union auf den Cyberspace anzuwenden ist, und wo die Kommission Vorschläge vorlegen soll, um erfordernlichenfalls den Rechtsrahmen für Ermittlungen innerhalb der Union zu präzisieren;
- Wirtschaftskriminalität und Korruption, wo der Rat und das Europäische Parlament so bald wie möglich Rechtsvorschriften über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums prüfen sollen.

Im Anhang zum Aktionsplan der Kommission werden namentlich die folgenden Legislativvorschläge aufgeführt:

- Legislativvorschlag der Kommission über die Angleichung der Rechtsvorschriften für Zollvergehen und Sanktionen für 2012;
- Legislativvorschläge der Kommission zur Ergänzung der Richtlinien 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und 2009/123/EG über die Meeresverschmutzung durch Schiffe für 2012;
- Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Bekämpfung des Menschenhandels, bereits 2010 angenommen;
- Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie, bereits 2010 angenommen;
- Legislativvorschlag der Kommission betreffend Angriffe auf Informationssysteme für 2010;
- Legislativvorschlag der Kommission für strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (als Ersatz für den Vorschlag KOM (2006) 168 endg.) für 2011;

- Legislativvorschlag der Kommission zur Aktualisierung des strafrechtlichen Rahmens der EU zur Bekämpfung der Geldwäsche für 2012.

In der Tat haben das Europäische Parlament und der Rat am 5.4.2011 die bereits erwähnte Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates angenommen[33]. Mit Stand Juni 2011 weit vorangeschritten sind auch die Verhandlungen über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Angriffe auf Informationssysteme und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates[34].

2.2 Vorhaben im Finanzschutzbereich nach Art. 86, 325 AEUV

In der bereits erwähnten Kommissionsmitteilung vom 26.5.2011[35] wird u. a. eine „Verschärfung des materiellen Strafrechts“ mit folgender Begründung erwogen:

> „Das Strafrecht ist ein Eckstein des Vorgehens der EU zur Verhütung und Bekämpfung jedweder Schädigung ihrer finanziellen Interessen. Angesichts der bestehenden Lücken im Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und der mangelhaften Umsetzung des Übereinkommens wird eine Initiative zum Schutz der finanziellen Interessen der EU ausgearbeitet werden, die den bestehenden Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft ersetzen wird. Jede neue Maßnahme sollte eine konsistente und faire Anwendung strafrechtlicher Sanktionen für Betrugsdelikte sicherstellen, die sich danach richtet, wie das einzelne Delikt begangen wurde. Zudem sollte im Rahmen dieser Maßnahme ins Auge gefasst werden, weitere zentrale Straftatbestände wie Veruntreuung und Machtmissbrauch in einem für den Schutz der finanziellen Interessen der EU relevanten Umfang zu definieren. Ferner wird die Frage einer Angleichung der Bestimmungen über die gerichtliche Zuständigkeit und über die Verjährung näher geprüft werden, um bessere Ergebnisse strafrechtlicher Untersuchungen zu ermöglichen.
> Dieser Vorschlag könnte, soweit dies für den Schutz der finanziellen Interessen der EU relevant wäre, systematischere Bestimmungen über die Beihilfe und die Anstiftung zu derartigen Delikten, den Versuch ihrer Begehung sowie über Vorsatz und Fahrlässigkeit einschließen. Auch könnte er präzisere Bestimmungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von ernannten oder gewählten Amtsträgern und juristischen Personen für den Schutz der finanziellen Interessen der EU beinhalten.“

---

[33] S. o. Fn. 12.

[34] Sachstand und Dokumente sind abrufbar unter http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/de/vorgang/252/.

[35] S. o. Fn. 28.

Bemerkenswert erscheint, dass die Kommission in dieser Mitteilung einen sektoriellen Allgemeinen Teil des Strafrechts zum Schutz der finanziellen Interessen der Union erwägt, was nicht auf kompetenzielle Bedenken stößt[36].

2.3 Allgemeine Orientierungspunkte für die Unionsstrafgesetzgebung

Auf seiner 2979. Sitzung am 30.11. und 01.12.2009 hat der Rat Justiz und Inneres „Schlussfolgerungen über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Verhandlungen des Rates im Bereich des Strafrechts“[37] angenommen. Im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs und vor allem im Hinblick auf das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon sei mit der Aufnahme von Pönalisierungspflichten in thematisch verschiedensten Richtlinien zu rechnen, die in unterschiedlichen Zusammensetzungen des Rates beraten werden. Um die Kohärenz der Strafvorschriften zu wahren, sollen sich – so die Intention der Schlussfolgerungen – die Beratungen des Rates an diesen Musterbestimmungen orientieren. Hierbei bekräftigt der Rat in den Orientierungspunkten, dass Strafrecht nur als ultima ratio und nur unter Wahrung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Subsidiarität und des Bestimmtheitsgebots (4) einzusetzen sei. Als Topoi kämen in Betracht einerseits Bereiche „besonders schwerer Kriminalität [mit] grenzüberschreitende[r] Dimension“, andererseits die unerlässliche „Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten [...] auf einem Gebiet […], auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind“. Stets seien der erwartete Mehrwert oder die größere Effizienz unionisierter Strafrechtsbestimmungen, die Schwere und/oder Verbreitung und Häufigkeit der Taten und etwaige Auswirkungen auf bestehende unionisierte Strafrechtsbestimmungen und auf die Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu prüfen. Erfolgs- oder konkrete Gefährdungsdelikte seien zu bevorzugen, abstrakte Gefährdungsdelikte nur ausnahmsweise – wenn die besondere Bedeutung der in Rede stehenden Rechte oder Interessen dies rechtfertigen – zu verwenden. Grundsätzlich sei nur vorsätzliches Verhalten strafrechtlich zu erfassen, fahrlässiges Verhalten nur „z.B. bei grob fahrlässigen Handlungen, die Menschenleben gefährden oder großen Schaden verursachen“. Es solle keine „strict liability“ angeordnet werden, d. h. ein strafrechtlich relevanter Erfolg solle nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit subjektiv zugerechnet werden. Die unterschiedliche Sanktionierung juristischer Personen wird anerkannt. Bezüglich des Strafmaßes wird auf die Schlussfolgerungen des Rates vom 24./25.4.2002 über einen Ansatz zur Angleichung der Strafen verwiesen, wo ein System von Mindesthöchststrafen in vier verschiedenen Ebenen entwickelt worden ist; es soll also dabei bleiben, dass keine Mindestmindeststrafen vorgesehen werden.

Die Kommission hat hierzu formell erklärt, die Schlussfolgerungen, denen weder sie noch das Europäische Parlament zugestimmt hätten, seien verfrüht und

---

[36] Vgl. *Vogel* (Fn. 2), Art. 83 AEUV Rdn. 36.

[37] Ratsdok. 16542/09 v. 23.11.2009; s. hierzu *Brodowski*, ZIS 2010, 376 (381).

würden zu einer verengten Auslegung des Art. 83 AEUV führen; die Kommission werde ihr Initiativrecht unabhängig von den Musterbestimmungen ausüben. Informell wird in Kommissionskreisen betont, dass die Harmonisierung des Strafrechts die gegenseitige Anerkennung und das gegenseitige Vertrauen fördere, eine mächtige politische Botschaft an Bürger sende und notwendig sei, wo es Schutzdefizite gebe. Die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV genannten Kriminalitätsbereiche seien weit auszulegen und könnten auch nicht ausdrücklich genannte Delikte – wie z. B. Identitätsdiebstahl – erfassen. Art. 83 Abs. 2 AEUV sei ein potentiell mächtiges Werkzeug, um die Durchsetzung von Unionspolitiken zu stärken. Die klassischen Strafrechtsprinzipien – nullum crimen, nulla poena sine lege, ultima ratio usw. – seien zu beachten, freilich in Arbeitsteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten. Dass nur „Mindest“vorschriften erlassen werden könnte, bedeute nicht, dass punktuelle oder minimalistische Regelungen getroffen werden müssten. Besonderes Augenmerk müsse auf die Harmonisierung der Rechtsfolgen gerichtet werden, und es müsse eine „Werkzeugkiste“ (tool box) entwickelt werden, die sich nicht nur auf die Festlegung von Mindesthöchststrafen beschränke, sondern – beispielsweise – zwingende (Mindest-) Freiheitsstrafen oder hohe Geldstrafen beinhalten könnte.

Es zeigt sich, dass der Streit zwischen Rat und Kommission die Grundsatzfrage nach der Bedeutung des Strafrechts für die Union zum Gegenstand hat: Während sich die im Rat vereinigten Mitgliedstaaten – für viele Beobachter durchaus überraschender Weise und in der Tat nach ausgesprochen mühseligen Verhandlungen – auf eine wirklich zurückhaltenden Linie bei der Unionsstrafgesetzgebung verständigt haben, will die Kommission im weitest möglichen Umfange von den im Vertrag von Lissabon enthaltenen Kompetenzen Gebrauch machen. Sie setzt dabei bewusst auf die „spill over“-Effekte, die das schrittweise Gebrauchmachen von zunächst begrenzt erscheinenden Einzelermächtigungen mit sich bringt. Eben das hatte das BVerfG im Auge, als es eine „strikt(e) – keinesfalls extensiv(e)“ Auslegung der Kompetenzvorschriften des Vertrags von Lissabon im Bereich des Strafrechts forderte.

3 Kriminalpolitische Perspektive

Meine dritte und letzte Frage lautet, welchen Gebrauch die Union von den nach Art. 83, 86 und 325 AEUV eröffneten Strafgesetzgebungskompetenzen machen sollte. Die Frage ist kriminalpolitischer Natur und wirft ihrerseits die Frage auf, ob ein Strafrechtswissenschaftler berufen oder auch nur in der Lage ist, kriminalpolitische Fragen zu entscheiden. Kriminalpolitik ist in erster Linie Sache der Politik und der Zivilgesellschaft; Strafrechtswissenschaftler, die kriminalpolitische Positionen vertreten, tun das zwar auch als Sachverständige, jedoch in erster Linie als politisch engagierte Staatsbürger. Allerdings muss die Strafrechtswissenschaft darauf bestehen, dass Wortlaut und Geist strafrechtsnormativer Vorgaben beachtet

werden; ist das nicht der Fall, ist Strafrecht illegal und zugleich illegitim, da und soweit die strafrechtsnormativen Vorgaben strafrechtslegitimierend wirken.

Strafrechtsnormative Vorgaben für Strafgesetzgebung der Union sind dem Unionsrecht zu entnehmen, nicht aber nationalem Verfassungsrecht (mag es auch die Beteiligung eines Mitgliedstaats an Unionsstrafgesetzgebung beschränken und ggf. zur „Notbremse" zwingen) und erst recht nicht nationaler Kriminalpolitik oder gar der Rechtsphilosophie (mag sie auch angeblich besagen, dass Strafgesetzgebung nur im Rahmen nationaler Verfassungsstaaten denkmöglich sei). Neben den primärrechtlichen Kompetenz- und Verfahrensvorschriften hängt die Legalität und Legitimität des Unionsstrafrechts entscheidend von der Einhaltung grund- und menschenrechtlicher Standards ab, wie sie namentlich über Art. 6 EUV und Art. 47 ff. GRCh unionsrechtlich verbürgt sind. Diese Standards verpflichten den Strafgesetzgeber aber weder auf Rechtsgüterschutz im Sinne der deutschen Strafrechtsdogmatik[38] noch verbieten sie abstrakte Gefährdungsdelikte oder die Strafbarkeit leichtfertig oder fahrlässig begangener Wirtschaftsdelikte, verhindern aber, dass Strafrecht im Recht der inneren (und ggf. äußeren) Sicherheit aufgeht[39].

In diesen Grenzen ist es legal und legitim, wenn die Union *umfassenden* Gebrauch von ihren Strafgesetzgebungskompetenzen nach Art. 83, 86 und 325 AEUV kommt. Die Entscheidung über die äußeren Grenzen dieser Kompetenzen – z. B. darüber, unter welchen Voraussetzungen eine „grenzüberschreitende Dimension" i. S. v. Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV vorliegt oder eine Strafrechtsharmonisierung „unerlässlich" i. S. v. Art. 83 Abs. 2 AEUV oder vereinbar mit dem Subsidiaritätsprinzip ist – obliegt dem Gerichtshof (nicht aber nationalen Gerichten), und es ist das gute Recht des Unionsgesetzgebers, diese Grenzen zu testen, wenn er nur bereit ist, einen anschließenden Luxemburger Spruch zu beachten – was in der Union als einer Rechtsgemeinschaft bislang stets der Fall gewesen ist. Selbstverständlich ist es aber gleichermaßen legal und legitim und kann politisch klug sein, wenn die Union nur *Schritt für Schritt* vorgeht oder sich entscheidet, von einer Strafgesetzgebungskompetenz ganz oder teilweise *keinen Gebrauch* zu machen. So mögen Rat oder Europäisches Parlament einen Kommissionsvorschlag ganz oder teilweise ablehnen, oder ein Mitgliedstaat mag die „Notbremse" ziehen. Schließlich ist es möglich, legal und legitim, Unionsstrafrecht ganz oder teilweise *aufzuheben* und so wieder in die Kompetenz der Mitgliedstaaten zurückzugeben. Die Rede von einem strafrechtlichen „Besitzstand" (acquis) der Union ist ärgerlich, weil sie einen Inbegriff von Unionsstrafrecht suggeriert, der nicht wieder aufgehoben werden dürfte. Solches Unionsstrafrecht gibt es aber nicht; Rat und Europäisches Parlament sind Herren der europäischen Gesetzgebung und können durchaus zu der Einsicht gelangen, dass eine bestimmte Strafgesetzgebung der Union ganz oder teilweise unangemessen, unwirksam oder gar schädlich war. Das wäre, so meine

---

[38] Das tut auch das deutsche Verfassungsrecht nicht, BVerfGE 120, 224 (241 f.); s. aber die abweichende Meinung des Richters *Hassemer* S. 255 (insbes. 264 f.).

[39] Grundlegend EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 „M ./. Deutschland", NJW 2010, 218.

ich, eine bedeutsame Normalisierung, zu der der Vertrag von Lissabon eine Chance gibt.

Den Ruf nach einer entweder konsistenteren, kohärenteren systematischeren und stärker prinzipienorientierten[40] oder – umgekehrt – fragmentarischeren[41] Unionsstrafgesetzgebung teile ich hingegen nicht. Fragmentarietät im Sinne einer Bruchstückhaftigkeit des Strafrechts ist ersichtlich kein Eigenwert, dass vom Strafrecht nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden sollte, ein Gemeinplatz. Konsistenz, Kohärenz, Systematik und Prinzipienorientierung sind strafrechtswissenschaftlich gesehen gewiss geboten. In der Strafgesetzgebung würden sie sich folgerichtig in einer Kodifikation niederschlagen. Aber ob die Zeit für eine Kodifikation des Unionsstrafrechts reif ist, erscheint mir mindestens fragwürdig. Die Union ist bislang auch im Strafrecht nach der Monnet-Methode der kleinen Schritte vorgegangen; das trägt nicht nur den politischen Realitäten Rechnung, sondern gewährleistet, dass die Reichweite von Fehlern begrenzt und deren Berichtigung erleichtert wird. Eine andere Frage ist, ob eine künftige Kodifikation des Unionsstrafrechts durch einen „Draft Common Frame of Reference – Criminal Law"[42] vorbereitet werden sollte; dies möchte ich mit Nachdruck bejahen.

---

[40] Das ist die Forderung der European Criminal Policy Initiative um *Satzger* in ihrem „Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik", ZIS 2009, 697.

[41] Dem Sinn der Forderung nach Fragmentarietät des Strafrechts ist die 34. Strafrechtslehrertagung in Leipzig am 23.-26.6.2011 nachgegangen.

[42] Nach dem Vorbild des zum Privatrecht vorliegenden Draft Common Frame of Reference (DCRF), siehe (Hrsg.) *von Bar* u. a., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unter dem Vertrag von Lissabon

Martin Böse, Bonn

1 Einleitung

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union auf eine völlig neue Grundlage gestellt. Eine der Neuerungen besteht in der ausdrücklichen Verankerung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Nach Art. 67 Abs. 3 AEUV wirkt die Union darauf hin, unter anderem durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten. Dieses Bekenntnis zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hat nicht zu einer neuen Ausrichtung der politischen Agenda geführt, die bereits vor dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages auf der Basis dieses Grundsatzes entwickelt und weitgehend umgesetzt worden ist. Die politische Programmatik hat sich jedoch nunmehr sehr viel deutlicher in den vertraglichen Grundlagen der Zusammenarbeit niedergeschlagen, wie Art. 82 AEUV zeigt, insbesondere im Hinblick auf die dort in Abs. 2 geregelte Harmonisierung des Strafverfahrensrechts. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gewinnt damit nicht nur maßgebliche Bedeutung für die Auslegung und Anwendung der vertraglichen Ermächti-

gungsgrundlagen, sondern wird darüber hinaus zum primärrechtlichen Maßstab für die Auslegung des auf dieser Grundlage ergangenen Sekundärrechts.

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hat seinen Ursprung in den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages: Waren und Dienstleistungen, die den rechtlichen Anforderungen des Herkunftslandes genügen, sind auch in den anderen Mitgliedstaaten als rechtmäßig anzuerkennen.[1] Die Kommission griff dieses „Herkunftslandprinzip" auf und machte es zur Grundlage ihrer Binnenmarktkonzeption: Da eine vollständige Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen nicht realisierbar war, sollten die fortbestehenden Hindernisse für einen freien Verkehr von Waren, Personen und Dienstleistungen durch die gegenseitige Anerkennung von Rechtsnormen und Verwaltungsentscheidungen beseitigt werden.[2] Auf dem EU-Gipfel in Cardiff regte der Europäische Rat im Sommer 1998 an, die Möglichkeiten für eine gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen bei der strafrechtlichen Zusammenarbeit zu ermitteln.[3] Ein Jahr später forderte er den Rat und die Kommission auf dem EU-Gipfel in Tampere auf, ein Maßnahmenprogramm zur Umsetzung dieses Grundsatzes auszuarbeiten.[4] Das daraufhin vorgelegte Programm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen[5] wurde zum Ausgangspunkt einer Reihe von Rechtsakten zur Erleichterung des Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten, allen voran dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb).[6] Auf der Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Rechtshilfeverkehr liegt dementsprechend der Schwerpunkt meiner Ausführungen, die dem neuen Art. 82 Abs. 1 AEUV gewidmet sind (2.).

Bereits in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere wird aber ein weiterer Aspekt dieses Prinzips angesprochen, nämlich die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln, die in einem anderen Mitgliedstaat erhoben worden sind. Eine grenzüberschreitende Zulassung von Beweismitteln erleichtert die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen. Das Gleiche gilt für Maßnahmen zur Harmonisierung des Strafverfahrensrechts, mit denen Mindestrechte des Beschuldigten und des Opfers festgelegt werden und auf diese Weise eine Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten geschaffen werden soll. Dieser Bereich ist Gegenstand der vertraglichen Ermächtigung in Art. 82 Abs. 2 AEUV, der ich mich im zweiten Teil zuwenden möchte (3.).

---

[1] EuGH, Slg. 1979, 649 Rn. 14 - Cassis de Dijon; Slg. 1979, 35 Rn. 28 - van Wesemael.

[2] S. das Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes vom 14.6.1985, KOM [85] 310 endg. S. 18 - Rn. 61 ff.

[3] S. die Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Bull. EU 6-1998 S. 7, 12 - Nr. 39.

[4] S. die Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Bull. EU 10-1999 S. 7, 12 - Nr. 37.

[5] Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABl. C 12 vom 15.1.2001, S. 10.

[6] Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1 - RbEuHb.

Wie wiederum bereits ein Blick auf das Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zeigt[7], steht aber auch das Justizgrundrecht „ne bis in idem" in einem engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Mit der Übernahme der Grundrechte-Charta in das Primärrecht ist auch der Grundsatz „ne bis in idem" (Art. 50 GRC) aufgewertet worden; auf die damit verbundenen Konsequenzen werde ich am Ende meines Vortrags zu sprechen kommen (IV.).

2 Gegenseitige Anerkennung im Rechtshilfeverkehr

Der Begriff „Rechtshilfe" erscheint im vorliegenden Zusammenhang auf den ersten Blick anachronistisch. In den Rechtsakten zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung wird immer wieder der Unterschied zur traditionellen Rechtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten betont, und der Übergang zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wurde dementsprechend als „Paradigmenwechsel" verstanden.[8] Um die Reichweite der mit diesem Prinzip verbundenen Änderungen zu erfassen, ist es gleichwohl hilfreich, sich zuvor über die Grundlagen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen klar zu werden.

So ist der Rechtshilfe die gegenseitige Anerkennung bis zu einem gewissen Grad wesensimmanent: Ein funktionierender Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr setzt voraus, dass der ersuchte Staat grundsätzlich anerkennt, dass auch die Strafverfolgung nach dem Recht des ersuchenden Staates legitim ist, auch wenn der Verfolgte in diesem Strafverfahren nicht exakt die gleichen Rechte hat und das materielle Strafrecht (etwa in Bezug auf Art und Höhe der Strafe) Unterschiede zum eigenen Recht aufweist. Andererseits können diese Unterschiede natürlich ein Ausmaß erreichen, die eine Unterstützung der Strafverfolgung aus der Sicht des ersuchten Staates ausschließen. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Vorbehalt und Anerkennung spiegelt sich vor allem in der Diskussion um die Reichweite des ordre-public-Vorbehalts und der Grundrechtsbindung im Auslieferungsverkehr wider.[9]

Dass das ausländische Strafverfahren nicht uneingeschränkt am Maßstab der deutschen Rechts- bzw. Verfassungsordnung gemessen wird, lässt sich allenfalls vordergründig mit dem Respekt vor der ausländischen Rechtsordnung erklären.[10] In der Ablehnung eines Auslieferungs- oder Rechtshilfeersuchens liegt keine Missachtung der Rechtsordnung des ersuchenden Staates; jeder Staat ist grundsätzlich frei in seiner Entscheidung darüber, ob er einen anderen Staat bei der Strafverfol-

[7] S.o. Fn. 5 (unter 1.1.).

[8] *Flore*, Journal des tribunaux 121 (2002), 273, 281.

[9] S. dazu eingehend *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., § 73 IRG Rn. 26 ff. m.w.N.

[10] Vgl. insoweit etwa BVerfGE 75, 1, 17.

gung unterstützt oder nicht bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen Rechtshilfe leistet.

Der Grund für die oben genannte Einschränkung liegt vielmehr darin, dass eine arbeitsteilige internationale Strafverfolgung nur unter der Voraussetzung denkbar ist, dass die beteiligten Staaten grundsätzlich anerkennen, dass der ersuchende Staat das Strafverfahren nach seinem Recht durchführt.[11] Zwar besteht in dem Staat, der die Entscheidung anerkennen soll, unmittelbar kein öffentliches Interesse an deren Vollstreckung, da dieser Staat an der Durchführung des ausländischen Strafverfahrens regelmäßig kein eigenes Interesse hat; ein solches Interesse besteht jedoch jedenfalls mittelbar, nämlich insoweit, als er erwarten kann, dass im Gegenzug auch seine Entscheidungen von den anderen Staaten anerkannt (und vollstreckt) werden.

So gesehen, sind also durchaus Gemeinsamkeiten mit der ratio des Herkunftslandprinzips erkennbar. Sind öffentliche Interessen – wie die Parallele zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Unionsrechts zeigt – jedoch Grund genug, der Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates die Anerkennung zu versagen, so muss dies aber auch und erst recht für die Anerkennung von Entscheidungen zur Beschränkung von Grundrechten gelten. Angesichts der Eingriffsintensität des Strafrechts ist bei der Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in der strafrechtlichen Zusammenarbeit besondere Behutsamkeit angezeigt: Soweit die Einhaltung eines grundrechtlichen Mindeststandards nicht gewährleistet ist bzw. im Wege der Harmonisierung sichergestellt wird, scheidet eine vorbehaltlose, quasi „automatische" Anerkennung aus. In diesem Fall sind Vorbehalte zur Sicherung der Grundrechte des Einzelnen und eine gerichtliche Kontrolle im „Anerkennungsstaat" unverzichtbar.[12]

Betrachtet man die zahlreichen Rahmenbeschlüsse zur Erleichterung der strafrechtlichen Zusammenarbeit, allen voran den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl[13], so wird deutlich, dass der Unionsgesetzgeber den Grund- und Verfahrensrechten des Verfolgten durch eine Reihe von Vorbehalten Rechnung trägt. Diese eröffnen den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Übergabe des Verfolgten zu verweigern (s. Art. 3 - 5 bzw. Art. 6 Abs. 2, 15 Abs. 1 RbEuHb). In einigen wenigen Punkten werden allerdings traditionelle Auslieferungshindernisse beseitigt, so dass es kaum verwundert, dass gerade diese Regelungen auf heftige Kritik gestoßen sind. Dies gilt insbesondere für den Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit, soweit die Tat einer von 32 Deliktsgruppen zuzuordnen ist (Art. 2 Abs. 2 RbEuHb); ich werde darauf noch zurückkommen.

Zugleich ist aber hervorzuheben, dass die einschlägigen Rechtsakte auch neue Auslieferungs- und Rechtshilfehindernisse enthalten, die dem deutschen Recht

[11] S. dazu näher *Böse*, NStZ 2002, 670 f.

[12] *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 9), Vor § 78 IRG Rn. 11 m.w.N.

[13] Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1 - RbEuHb.

bislang unbekannt bzw. nicht ausdrücklich geregelt waren. Dies gilt beispielsweise für den Grundsatz „ne bis in idem" oder die drohende Verhängung oder Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe (s. § 83 Nr. 1 und 4 IRG). Dies führt zu der wenig einleuchtenden Konsequenz, dass die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zum Teil strengeren Voraussetzungen unterliegt als die Auslieferung an einen beliebigen Drittstaat.[14] Gleichwohl ist die Regelung zu begrüßen, denn sie ist Ausdruck des politischen Willens, die Grundrechte des Verfolgten im Auslieferungsverkehr stärker zur Geltung zu bringen und diesen gegenüber dem Interesse an einer effektiven grenzüberschreitenden Strafrechtspflege Vorrang einzuräumen. Dies dürfte auch auf der Erwartung beruhen, dass diese - im Recht einiger Mitgliedstaaten bereits zuvor anerkannten - Auslieferungshindernisse die strafrechtliche Zusammenarbeit innerhalb der Union kaum beeinträchtigen dürften. Auf mittlere Sicht sollte die Frage, ob man sich derartige Einschränkungen des Auslieferungsverkehrs „leisten" kann, jedoch nicht entscheidend sein, sondern diese Mindestanforderungen sollten auch im Verhältnis zu Drittstaaten Anwendung finden.

Mit der Formulierung derartiger Vorbehalte könnte die Union damit zugleich Mindeststandards für das innerstaatliche Strafverfahren setzen. Ansätze zu einer solchen Harmonisierung sind im Rahmenbeschluss über Abwesenheitsurteile[15] erkennbar. Darin werden die Anforderungen an ein in Abwesenheit des Verfolgten ergangenes Urteil normiert, um dem Anspruch auf rechtliches Gehör und eine mündliche Verhandlung Rechnung zu tragen. Genügt das Urteil diesen Anforderungen nicht, so kann ein Ersuchen um Auslieferung des Verurteilten zur Strafvollstreckung abgelehnt werden (Art. 4a RbEuHb n.F.).

Ob die in dem Rahmenbeschluss niedergelegten Mindestanforderungen ausreichend sind, möchte ich an dieser Stelle dahinstehen lassen.[16] Das entscheidende Manko des Rahmenbeschlusses liegt meines Erachtens darin, dass dieser nicht ein obligatorisches, sondern nur ein fakultatives Auslieferungs- bzw. Vollstreckungshindernis normiert. Es steht den Mitgliedstaaten also grundsätzlich frei, ob und in welchem Umfang sie von diesem Vorbehalt Gebrauch machen. Auf diese Weise kann ein verfahrensrechtlicher Mindeststandard jedoch nicht - auch nicht mittelbar über die Rechtshilfe - begründet werden.

Positiv hervorzuheben ist allerdings ein anderer Aspekt des Rahmenbeschlusses, nämlich der Umstand, dass das Problem der Abwesenheitsurteile in einem horizontalen Rechtsakt einheitlich angegangen wird. Dies ist keineswegs selbstverständlich. Im Gefolge des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl

[14] S. zur Reichweite des ordre-public-Vorbehaltes in diesen Fällen: *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 9), § 83 IRG Rn. 6, 10.

[15] Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 zur Änderung der Rahmenbeschlüsse 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2006/783/JI und 2008/947/JI. Zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. L 81 vom 27.3.2009, S. 24.

[16] S. insoweit *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 9), Vorbemerkungen zum RbEuHb (III A 1.2.) Rn. 7.

sind eine Reihe weiterer Maßnahmen zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ergangen, u.a. zur Sicherstellung von Beweismitteln und Vermögenswerten[17], zur Vollstreckung von Geldbußen und Geldstrafen[18] und Einziehungsentscheidungen[19], zur Übermittlung von Informationen[20], zur Berücksichtigung von früheren Verurteilungen in anderen Mitgliedstaaten[21], zur Überwachung von Bewährungsauflagen und alternativen Sanktionen[22], zur Vollstreckung freiheitsentziehender Sanktionen[23] und zur Übermittlung von Beweismaterial aufgrund einer Europäischen Beweisanordnung[24]. Ergänzt man diese Liste um die vertraglichen Grundlagen der strafrechtlichen Zusammenarbeit, insbesondere das EU-Rechtshilfe-Übereinkommen[25] einschließlich seines Zusatzprotokolls[26], so erhält man einen bunten Strauß an Einzelmaßnahmen mit zum Teil völlig unterschiedlichen Vorbehalten und Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Kooperationspflicht.

Diese Unterschiede beziehen sich zum Teil auf zentrale Rechtshilfehindernisse wie den ordre-public-Vorbehalt, der nur vereinzelt ausdrücklich als Vollstreckungshindernis aufgenommen worden ist.[27] Gleichwohl hat die Evaluation des Europäi-

---

[17] Rahmenbeschluss 2003/577/JAI des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln innerhalb der Europäischen Union, ABl. L 196 vom 2.8.2005, S.1.

[18] Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen vom 24. Februar 2005, ABl. L 76 vom 22.3.2005, S. 16.

[19] Rahmenbeschluss 2006/783/JI des Rates vom 6. Oktober 2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen, ABl. L 328 vom 24.11.2006, S. 59.

[20] Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 28. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen, ABl. L 386 vom 29.12.2006, S. 89.

[21] Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren, ABl. L 220 vom 15.08.2008 S. 32.

[22] Rahmenbeschluss 2008/947/JI des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen, ABl. L 337 vom 16.12.2008, S. 102.

[23] Rahmenbeschluss 2008/909/JI des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABl. L 327 vom 5.12.2008, S. 27.

[24] Rahmenbeschluss 2008/987/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. L 350 vom 30.12.2008, S. 72

[25] Übereinkommen gemäß Art. 34 EUV über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000, ABl. C 197 vom 12.7.2000, S. 1; BGBl. 2005 II S. 651.

[26] Protokoll zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 16. Oktober 2001, ABl. C 326 vom 21.11.2001, S. 1; BGBl 2005 II S. 662.

[27] S. Art. 22 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (Fn. 17).

schen Haftbefehls gezeigt, dass die meisten Mitgliedstaaten an dem ordre-public-Vorbehalt festhalten und auch ein Bedürfnis für eine solche „Notfallklausel" besteht.[28]

Augenfällig sind die Unterschiede bei den Ausnahmen von dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit. Die 32 Deliktsbereiche, die im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl enthalten sind (Art. 2 Abs. 2 RbEuHb), wurden zur grenzüberschreitenden Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen um weitere sieben Deliktsbereiche (insbesondere Straßenverkehrsdelikte) erweitert (Art. 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses). Zum Teil wurde diese Ausnahme aber auch - wie bei der Europäischen Beweisanordnung - mit einem Vorbehalt versehen, der es der Bundesrepublik Deutschland erlaubt, bei einigen sehr vage formulierten Deliktsbereichen (z.B. Computerkriminalität, Sabotage) an dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit festzuhalten (Art. 23 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung). Diese Entwicklung lässt sich mit dem primärrechtlichen Kohärenzgebot (Art. 7 AEUV) nur schwer vereinbaren.

Mit dem Erlass dieser zahlreichen Rechtsakte wurde zugleich einer der wesentlichen Vorzüge, die mit der Einführung des Europäischen Haftbefehls verbunden war, aufgegeben, nämlich die Konsolidierung der völker- und europarechtlichen Grundlagen des Auslieferungsverkehrs. An die Stelle eines vertikalen „Rechtshilfe-Chaos"[29], in dem sich der Rechtsanwender die jeweils geltenden Normen, aus einer Vielzahl multilateraler und bilateraler Verträge und dem innerstaatlichen Recht zusammensuchen musste, ist nunmehr eine horizontale Gemengelage aus Rechtsakten getreten, die sich auf einzelne Instrumente des Rechtshilfeverkehrs beziehen.

Dementsprechend ist es grundsätzlich zu begrüßen, wenn jetzt der Versuch unternommen wird, das EU-Rechtshilfe-Übereinkommen einschließlich des Zusatzprotokolls und die Rahmenbeschlüsse über die Sicherstellungsanordnung und die Europäische Beweisanordnung durch eine einheitliche Regelung über die Europäische Ermittlungsanordnung weitgehend zu ersetzen. Eine entsprechende Initiative ist kürzlich von einer Gruppe von sieben Mitgliedstaaten vorgelegt worden.[30] In dem Vorschlag werden nicht nur unterschiedliche Regelungen zusammengeführt, sondern insoweit auch ein einheitlicher rechtlicher Rahmen für die entsprechenden Rechtshilfeinstrumente geschaffen, d.h. insbesondere für strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Vernehmungen.

Mit dieser Initiative deutet sich an, welche Möglichkeiten die neuen vertraglichen Grundlagen der strafrechtlichen Zusammenarbeit bieten. Da die Annahme eines Rechtsaktes im Rat nicht mehr Einstimmigkeit, sondern nur eine qualifizierte Mehrheit voraussetzt, kann die Beschlussfassung im Rat nicht mehr durch einzelne

---

[28] S. den Evaluationsbericht zur Umsetzung des RbEuHb in Deutschland, Rats-Dok. 7058/1/09 REV 1, S. 23, 25.

[29] Treffend *Schomburg*, StV 1998, 153, 154 f.

[30] Initiative Belgiens, Bulgariens, Estlands, Österreichs, Schwedens, Sloweniens und Spaniens für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung vom 3. Juni 2010, ABl. C 165 vom 24.6.2010, S. 22.

Mitgliedstaaten blockiert werden. Selbst das über das „Notbremseverfahren“ (Art. 82 Abs. 3 AEUV) gewährte Vetorecht greift nur für Maßnahmen nach Art. 82 Abs. 2 AEUV, nicht aber für Rechtsakte zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung nach Art. 82 Abs. 1 AEUV, wie die erwähnte Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung. Der Grund für diese erleichterte Beschlussfassung und die Ausnahme vom „Notbremseverfahren“ beruht auf der Erwägung, dass Maßnahmen zur Verbesserung der strafrechtlichen Zusammenarbeit - im Gegensatz zu den „Hilfskompetenzen“ nach Art. 82 Abs. 2, Art. 83 Abs. 1 VAEU - bereits ihrem Gegenstand nach einen unmittelbaren grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Ein Bedürfnis für eine restriktive Auslegung dieser Ermächtigung, wie sie vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Vertrag von Lissabon angemahnt worden ist[31], besteht daher nicht. Dass Art. 82 Abs. 1 VAEU weitergehende Eingriffe in die Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten zulässt, zeigt sich letztlich auch darin, dass die Zuständigkeit nach Art. 82 Abs. 1 VAEU nicht auf Richtlinien beschränkt ist, sondern auch den Erlass von Verordnungen umfasst („Maßnahmen“). Die vertraglichen Regelungen eröffnen dem Rat und dem Parlament damit einen erheblichen Gestaltungsspielraum.

Der Richtlinienentwurf über die Europäische Ermittlungsanordnung vermittelt einen ersten Vorgeschmack auf die weitere sekundärrechtliche Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung. So wird insbesondere bei Ersuchen um die Vornahme strafprozessualer Ermittlungseingriffe (Durchsuchung, Beschlagnahme) nicht nur für bestimmte Deliktsbereiche, sondern für jede beliebige Straftat auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet.[32]

Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, denn der Katalog mit den 32 (oder 39) Deliktsbereichen stellte einen politischen Kompromiss dar, der dem mit der Regelung verfolgten Ziel nicht zuletzt wegen der Unbestimmtheit einiger Deliktsbereiche mehr geschadet, denn genutzt hat. Indem die Zuordnung zu einer Deliktsgruppe nicht mehr ohne Weiteres ersichtlich, sondern im Wege der Auslegung, gegebenenfalls unter Rückgriff auf die Rechtsakte zur Harmonisierung, zu ermitteln ist[33], geht der mit dem Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit angestrebte Vereinfachungs- und Beschleunigungseffekt verloren. Die Prüfung der Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates wird lediglich durch eine andere Prüfung ersetzt.

Diese Auslegungsprobleme stellen sich nicht bei einer vollständigen Abschaffung des Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit. Eine solche Regelung wäre mit den Grundrechten des Verfolgten nicht von vornherein unvereinbar; in Bezug auf die Auslieferung könnte dem Vertrauen in die Straflosigkeit nach der eigenen Rechtsordnung dadurch Rechnung getragen werden, dass die Auslieferung in Be-

[31] BVerfG NJW 2009, 2267, 2274, 2288 (Rn. 251, 360).

[32] S. die Regelung über Rechtshilfehindernisse bzw. Ablehnungsgründe (Art. 10); s. insoweit auch die Begründung, Rats-Dok. 9288/10 ADD 1, S. 11 f.

[33] S. dazu *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 9), § 81 IRG Rn. 15 ff., § 94 IRG Rn. 6.

zug auf Taten verweigert wird, die einen maßgeblichen Inlandsbezug aufweisen (vgl. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2 IRG; s. insoweit Art. 4 Nr. 7 lit. a RbEuHb). Dies entspräche den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl formuliert hat.[34]

Im Bereich der Rechtshilfe erstreckt sich das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit im deutschen Recht ohnehin nur auf wenige Ermittlungsmaßnahmen (Beschlagnahme und Durchsuchung, s. § 66 Abs. 2 Nr. 1, § 67 Abs. 2 S. 1 IRG), so dass Zweifel angebracht sind, ob die Eingriffsintensität der Ermittlungsmaßnahme es erfordert, dass die zu Grunde liegende Tat auch nach deutschem Recht mit Kriminalstrafe oder Geldbuße geahndet werden könnte.[35] Demgegenüber erscheint es überzeugend, wenn die Vollstreckung der Ermittlungsanordnung verweigert werden kann, wenn die betreffende Maßnahme nach dem Recht des ersuchten Mitgliedstaates eine qualifizierte Eingriffsschwelle voraussetzt (z.B. den Verdacht einer Katalogtat) und diese im konkreten Fall nicht gegeben ist (vgl. § 59 Abs. 1 Nr. 2 IStGHG).[36]

3 Mindestvorschriften zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung

Von Maßnahmen zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 Abs. 1 lit. a AEUV - „sicherstellt“) strikt zu trennen sind Rechtsakte zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung nach Art. 82 Abs. 2 AEUV; der Erlass harmonisierter Mindestvorschriften hat insoweit eine Hilfsfunktion. Es geht um Maßnahmen, welche die Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung mittelbar fördern. Aus dem lediglich mittelbaren Zusammenhang zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit lässt sich auch die begrenzte Reichweite der Ermächtigung erklären, wie die Beschränkung auf das Instrument der Richtlinie, die Anwendung des „Notbremseverfahrens“ und die „Meistbegünstigungsklausel“ in Art. 82 Abs. 2 Unterabs. 3 AEUV.

Der Zusammenhang zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und der Harmonisierung von Mindestrechten des Beschuldigten liegt auf der Hand. So ist in den vergangenen Jahren oft beklagt worden, dass die Instrumente der Zusammenarbeit stetig erweitert worden sind, während die Bemühungen um einen Mindeststandard für die Verfahrensrechte des Beschuldigten lange erfolglos geblieben sind. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der fehlenden

---

[34] BVerfGE 113, 273, 302 ff., 308 f.; zur verfassungsrechtlichen Diskussion: *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 9), § 81 IRG Rn. 7 ff.

[35] S. dazu *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union (2007), S. 58 ff.

[36] S. insoweit OLG Hamm, wistra 1999, 37, 38 (zu § 100a StPO); s. zu weiteren Ermittlungsmaßnahmen: *Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (2003), S. 135 ff., 142 ff.

Kompetenz war schon unter dem Vertrag von Amsterdam bzw. Nizza wenig überzeugend[37]; ihm ist mit der Einführung einer ausdrücklichen vertraglichen Ermächtigung in Art. 82 Abs. 2 lit. b AEUV nunmehr die Grundlage entzogen worden. Der Unionsgesetzgeber hat von dieser Ermächtigung bereits Gebrauch gemacht, indem er kürzlich die Richtlinie über den Anspruch auf Verdolmetschung und Übersetzung im Strafverfahren erlassen hat.[38] Weitere Maßnahmen zur Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte und dem Anspruch auf einen Rechtsbeistand werden auf der Grundlage des im vergangenen Jahr im Rat vereinbarten Fahrplans[39] folgen.

Diese Fortschritte sind zu begrüßen. Gleichwohl ist festzuhalten, dass die bislang unterbliebene Festlegung verfahrensrechtlicher Mindestgarantien nicht geeignet ist, die Legitimation der bereits ergangenen Rechtsakte zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in Zweifel zu ziehen. Wie bereits erwähnt, räumen diese Rechtsakte dem ersuchten Mitgliedstaat über den europäischen ordre-public-Vorbehalt die Möglichkeit ein, die Auslieferung bzw. Leistung von Rechtshilfe zu verweigern, wenn das Strafverfahren in dem ersuchenden Mitgliedstaat rechtsstaatlichen Mindestanforderungen i.S.v. Art. 6 EMRK nicht entspricht. Ungeachtet des vielfach beschworenen gegenseitigen Vertrauens spiegelt sich in dem ordre-public-Vorbehalt ein gesundes Maß an Skepsis wider, ob das Strafverfahren in dem ersuchenden Mitgliedstaat grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Dieser Vorbehalt wird auf absehbare Zeit unverzichtbar bleiben; die Wahrung der Rechte des Beschuldigten setzt daher eine sekundärrechtliche Harmonisierung von Beschuldigtenrechten nicht zwingend voraus.

Damit soll keineswegs geleugnet werden, dass die Festlegung von Mindestrechten für den Beschuldigten zur Stärkung des gegenseitigen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit der einzelnen Strafrechtsordnungen beitragen kann. Der Erlass eines solchen Rechtsaktes bedarf jedoch der entsprechenden Umsetzung in das innerstaatliche Recht und ist daher als „vertrauensbildende Maßnahme" nicht ausreichend. Darüber hinaus ist der „Mehrwert"[40] von Rechtsakten, die den jeweiligen Stand der Rechtsprechung des EGMR wiedergeben, begrenzt.[41] Die Festlegung von Mindestrechten für den Beschuldigten sollte daher auf die folgenden Aspekte erweitert werden:

Zum einen sollte die (drohende) Verletzung der garantierten Mindestrechte als obligatorisches Rechtshilfehindernis normiert werden. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass durch das Unionssekundärrecht über die EMRK hinausgehende

---

[37] S. dazu *Böse*, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa - Stand und Perspektiven, 2008, S. 21 ff.

[38] S. den entsprechenden Kommissionsvorschlag (ABl. C 69 vom 18.3.2010, S. 1), über den der Rat und das Parlament eine politische Einigung erzielt haben (s. Rats-Dok. 10420/10).

[39] Rats-Dok. 15434/09; s. auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über das Recht auf Belehrung im Strafverfahren, KOM (2010) 392 endg.

[40] *Vogel/Matt*, StV 2007, 206, 211.

[41] S. aber *Polakiewicz*, EuGRZ 2010, 11, 16 ff.

Rechte begründet werden. Die Begründung entsprechender Rechtshilfehindernisse ist nur konsequent und wäre ein effektives Instrument zur Durchsetzung des unionsrechtlichen Mindeststandards. Unter Umständen käme eine rechtshilferechtliche Regelung auch als Alternative zur Harmonisierung in Betracht, da sie - den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon entsprechend[42] - die Gesetzgebungskompetenzen der Mitgliedstaaten im Bereich des Strafverfahrensrechts schont. Der Unionsgesetzgeber könnte sich insoweit an dem Rahmenbeschluss über Abwesenheitsurteile orientieren - allerdings die Nichteinhaltung dieser Verfahrensrechte als obligatorisches Rechtshilfehindernis vorsehen. Zum anderen bedürfen die Rechte des Beschuldigten weniger im innerstaatlichen Strafverfahren als vielmehr im Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit einer Ausweitung. Seine prozessualen Rechte sind insoweit spezifischen Gefährdungen ausgesetzt, denen durch Schaffung neuer Verfahrensrechte begegnet werden kann und muss, z.B. durch ein Recht auf „doppelte" Verteidigung, d.h. in jedem an den Ermittlungen beteiligten Mitgliedstaat.[43] Auch der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz kann in grenzüberschreitenden Konstellationen nur durch flankierende Maßnahmen effektiv gewährleistet werden. Soweit der Beschuldigte auf den Rechtsschutz in einem anderen Mitgliedstaat verwiesen wird, ist die Ausübung dieses Rechts in vielen Fällen aufgrund fehlender Sprach- und Rechtskenntnisse praktisch unmöglich; diese praktischen Schwierigkeiten könnten etwa durch eine Konzentration des Verfahrens im Heimatstaat des Betroffenen ausgeräumt werden.[44]

In beiderlei Hinsicht könnten die entsprechenden Maßnahmen auf Art. 82 Abs. 1 AEUV gestützt werden; dies hat den Vorteil, dass der Erlass eines entsprechenden Rechtsaktes - anders als in Art. 82 Abs. 2 AEUV - nicht durch den Notbremsemechanismus verhindert werden kann.

Als Gegenstand von Mindestvorschriften zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung wird in Art. 82 Abs. 2 AEUV des Weiteren die grenzüberschreitende Zulässigkeit von Beweismitteln genannt (lit. a); die Kommission hat in ihrem Programm zur Umsetzung des Stockholmer Programms für 2011 einen entsprechenden Vorschlag angekündigt.[45] Wenngleich in der Formulierung der vertraglichen Ermächtigung („auf gegenseitiger Basis") eine Parallele zur gegenseitigen Anerkennung anklingt, ist die Zulassung von Beweismitteln strikt von der Anerkennung von Urteilen und anderen gerichtlichen Entscheidungen zu trennen, denn bei der Zulassung eines Beweismittels geht es nicht um eine abschließende Entscheidung über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten oder um die Zulässigkeit eines Ermittlungseingriffs, sondern um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Beweismittel zur Grundlage einer Verurteilung gemacht werden kann. Diese Frage

[42] S. o. Fn. 31.

[43] *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFo 2003, 329, 335.

[44] S. dazu *Böse*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 9), III A 3.9., Vorbemerkungen zum RbSich Rn. 16 f.; *Roger*, GA 2010, 27, 41.

[45] KOM (2010) 171 endg., S. 19.

kann nicht isoliert von der jeweiligen Verfahrensordnung beantwortet werden, denn die innerprozessuale Balance zwischen dem öffentlichen Verfolgungsinteresse und den Rechten des Angeklagten wird gestört, wenn Elemente aus den unterschiedlichen Verfahrensordnungen beliebig miteinander kombiniert werden.[46]

Die Vorschläge über harmonisierte Beweiszulassungsregeln knüpfen an die Vorschläge der Kommission in ihrem Grünbuch zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft[47] an. Nach Ansicht der Kommission vereitelt die fehlende automatische Zulassung von Beweismitteln aus anderen Mitgliedstaaten oft eine wirksame Strafverfolgung in grenzüberschreitenden Fällen.[48] Diesem Zustand soll begegnet werden, indem ein Beweis, der in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erhoben worden ist, in allen anderen Mitgliedstaaten automatisch im Strafverfahren als Beweismittel verwertet werden kann, das rechtmäßig erhobene Beweismittel also „verkehrsfähig" wird.[49]

Ein Beweismittel hat die Funktion, nach Maßgabe der jeweiligen Verfahrensordnung eine tragfähige Entscheidungsgrundlage zu bieten.[50] Die Verfahrensordnung des Mitgliedstaates, in dem die Hauptverhandlung stattfindet, versteht darunter jedoch mitunter etwas völlig Anderes als diejenige des Mitgliedstaates, in dem der Beweis erhoben wird. So kann im französischen Strafverfahren ein Vernehmungsprotokoll, das im Rahmen einer gerichtlichen Voruntersuchung angefertigt worden ist, in der Hauptverhandlung als Urkundenbeweis verwertet werden, während dies im englischen Strafverfahren im Hinblick auf die „hearsay rule" unzulässig wäre, da die Zuverlässigkeit der Aussage nicht durch Kreuzverhör und Zeugeneid abgesichert werden kann.[51] Eine Zulassung des französischen Vernehmungsprotokolls als Beweismittel würde daher für das englische Strafverfahren eine Abkehr von grundlegenden Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Sachverhalts-feststellung bedeuten.[52] Auch für das deutsche Strafverfahren wird befürchtet, dass mit dem Beweiskonzept des Grünbuchs der Grundsatz der Unmittelbarkeit preisgegeben und das Beweisantragsrecht der Verteidigung ausgehöhlt wird.[53]

Beweismittel sind daher keine „fertigen" und „verkehrsfähigen" Produkte, sondern stehen im Kontext der jeweiligen Erhebungs- und Verfahrenssituation.[54]

---

[46] *Schünemann*, StV 2003, 116, 119; *Sommer*, StV 2003, 126.

[47] KOM (2001) 715 endg.

[48] KOM (2001) 715 endg., S. 63.

[49] KOM (2001) 715 endg., S. 64.

[50] *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 143 f.; eingehend *dies.*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2006), S. 230 ff.

[51] S. dazu *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 139 f., 144 m.w.N.

[52] *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 144; s. auch *Brüner/Hetzer*, NStZ 2002, 113, 114.

[53] S. die Stellungnahme der Strafrechtslehrer zum Grünbuch der Kommission, abgedruckt bei *Schünemann*, GA 2002, 501, 516 (Nr. 4).

[54] *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 148.

Aus diesem Grund sind Mindestvorschriften über die Zulassung von Beweismitteln von der gegenseitigen Anerkennung verfahrensabschließender Entscheidungen strikt zu unterscheiden. Die Zulassung des Beweismittels fördert die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen nur mittelbar, indem gemeinsame Standards für die Beweiszulassung festgelegt und die auf dieser Grundlage getroffene Entscheidung so von den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden kann.[55]

Die Einordnung der Beweiszulassungsregeln bestimmt auch die Auslegung der „Meistbegünstigungsklausel" in Art. 82 Abs. 2 Unterabs. 3 AEUV. Danach hindert der Erlass von Mindestvorschriften die Mitgliedstaaten nicht daran, ein höheres Schutzniveau für den Einzelnen beizubehalten oder einzuführen.

Die Auslegung dieser Vorschrift gibt eine Reihe von Rätseln auf. Zunächst stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich („Schutzniveau für den Einzelnen"). In dem oben genannten Beispiel könnte man das Verbot des Urkundenbeweises auf ein subjektives Recht des Beschuldigten zurückführen; in diesem Fall würde der Vorbehalt eingreifen: Eine uneingeschränkte Anwendung der „hearsay rule" auch auf französische Vernehmungsprotokolle wäre danach zulässig, um den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren, insbesondere das Recht auf Befragung von Zeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK), zu schützen.[56] Andererseits wäre es auch denkbar, dem Verbot des Urkundenbeweises eine objektive Funktion (Schutz der Wahrheitsfindung) zu unterlegen;[57] in diesem Fall wäre die Regelung in Art. 82 Abs. 2 Unterabs. 3 AEUV nicht anwendbar. Zwar dienen auch die Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Beweismittels letztlich dem Schutz des Angeklagten. Dies kann jedoch für eine Anwendung des Vorbehaltes nicht ausreichen, denn in diesem Fall wäre die in Art. 82 Abs. 2 AEUV vorgesehene Harmonisierungskompetenz praktisch bedeutungslos.

Diese Probleme erfahren im Verhältnis zwischen Mindestrechten des Beschuldigten und des Opfers noch eine deutliche Zuspitzung. So hat bereits das erste Vorlageverfahren zum Rahmenbeschluss über die Stellung des Opfers im Strafverfahren[58] – die Rechtssache „Pupino" [59] – vor Augen geführt, dass die Rechte des Opfers (Schutz von Kindern vor der Vernehmung in der Hauptverhandlung) an den Rechten des Beschuldigten (dem Konfrontationsrecht, s. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) ihre Grenzen finden. Im Ergebnis könnte damit die Möglichkeit, dem Opfer ein Minimum an Rechten einzuräumen, an dem Vorbehalt zu Gunsten der Rechte des Einzelnen (Beschuldigten) scheitern.

[55] S. den Regelungsvorschlag von *Gleß* (Fn. 50), S. 435 ff. (insbesondere Art. 6 Abs. 3 und Art. 7).

[56] S. etwa BGHSt 29, 109, 111.

[57] So wird die ratio des § 250 StPO darin gesehen, die Zuverlässigkeit des Beweismittels zu gewährleisten, s. *Sander/Cirener*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2010), § 250 Rn. 1; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. (2010), § 250 Rn. 1; s. auch BVerfGE 1, 418, 429.

[58] Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates vom 15. März 2001, ABl. L 82 vom 22.3.2001, S. 1.

[59] S.o. EuGH, Rs. C- 105/03, Slg. 2005, I-5385 Rn. 59 f. - Pupino.

Die Alternative bestünde darin, die Berufung auf den Vorbehalt d.h. die Abweichung von den Mindestvorschriften nur zuzulassen, soweit dies zum Schutz individueller Rechte erforderlich ist - einschließlich einer gerichtlichen Überprüfung durch den EuGH. Eine solche Auslegung orientierte sich an den ordre-public-Vorbehalten im Bereich der wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 AEUV). Gegen eine solche Parallele spricht jedoch, dass mit den harmonisierten Beweiszulassungsregeln gerade nicht das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung umgesetzt wird, sondern - wie bei den Beschuldigten- und Opferrechten lediglich ein gemeinsamer Mindeststandard festgelegt wird. Hinzu kommt, dass der Wortlaut des Art. 82 Abs. 2 Unterabs. 3 AEUV im Gegensatz zu Art. 36 AEUV gerade keine materiellen Voraussetzungen für die Beschränkungen enthält („gerechtfertigt"). Es spricht daher im Ergebnis mehr für eine grundsätzlich unbeschränkte Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten zum Schutz individueller Rechte im Sinne einer Meistbegünstigungsklausel.

4 Gegenseitige Anerkennung und ne bis in idem

Dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung keineswegs nur zu Lasten des Verfolgten wirkt, zeigt das in Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC garantierte Justizgrundrecht „ne bis in idem". Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Grundrechte-Charta - einschließlich des Art. 50 GRC - in den Rang primären Unionsrechts erhoben. Da Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ zum Teil abweichende Voraussetzungen enthalten, stellt sich damit allerdings die Frage nach dem Verhältnis von Art. 50 GRC zu Art. 54 SDÜ.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu klären, ob und inwieweit Art. 50 GRC im Rahmen von nationalen Strafverfahren anwendbar ist, denn die Grundrechte-Charta - und somit auch Art. 50 GRC - gilt für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" (Art. 51 Abs. 1 GRC). Zum Teil wird die Anwendbarkeit des Art. 50 GRC durch einen Rückgriff auf Art. 54 SDÜ begründet: Mit dessen Anwendung werde Unionsrecht (s.o. 1.) „durchgeführt", so dass die nationalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte auch an Art. 50 GRC gebunden seien.[60] Diese Abhängigkeit von der sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Grundsatzes „ne bis in idem" vernachlässigt jedoch das mit Art. 50 GRC verfolgte Ziel, die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem" zu einem selbständigen Verfahrensgrundrecht zu erheben.[61]

Es erscheint daher vorzugswürdig, die Anwendbarkeit des Art. 50 GRC unabhängig von Art. 54 SDÜ zu begründen. Dies geschieht zum Teil unter Rückgriff

[60] *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179 (181 f.). Ergänzend wird auf die Möglichkeit einer Anknüpfung an die Rechtsakte zur Harmonisierung des materiellen Strafrechts verwiesen, soweit ein harmonisierter Deliktsbereich Gegenstand des jeweiligen Verfahrens ist, a.a.O. (182, 186).

[61] So wäre die Anwendbarkeit des Art. 50 GRC nicht mehr gegeben, wenn der Unionsgesetzgeber sich entschlösse, Art. 54 SDÜ aufzuheben.

auf das in Art. 82 AEUV niedergelegte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, dessen Umsetzung der Grundsatz „ne bis in idem" dient. [62] Nach meiner Auffassung liegt es näher, insoweit auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV, ex-Art. 18 EGV) abzustellen. In seiner Rechtsprechung zur zwischenstaatlichen Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem" hat der EuGH wiederholt darauf hingewiesen, dass Art. 54 SDÜ im Lichte des Freizügigkeitsrechts auszulegen ist.[63] Sieht man mit dem EuGH in der Gefahr der erneuten Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat ein Hindernis für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts[64], so müssen die nationalen Verfolgungsbehörden und Gerichte diesem Recht bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts Rechnung tragen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Maßnahmen der Mitgliedstaaten, welche die Grundfreiheiten des Unionsrechts einschränken, zugleich am Maßstab der Grundrechte zu messen.[65] Ausweislich der amtlichen Erläuterungen zu Art. 51 Abs. 1 GRC soll an dieser Rechtsprechung festgehalten werden.[66] Im Ergebnis findet Art. 50 GRC auf jedes in einem Mitgliedstaat geführte Strafverfahren Anwendung, weil das Gericht nach einer Aburteilung in einem anderen Staat entweder das Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) oder wenigstens die sekundärrechtliche Konkretisierung des Grundsatzes „ne bis in idem" (Art. 54 SDÜ) anwenden und damit Unionsrecht „durchführen" muss.

Als Bestandteil des Primärrechts (s.o.) genießt Art. 50 GRC grundsätzlich Vorrang vor der sekundärrechtlichen Ausformung des Grundsatzes „ne bis in idem" in Art. 54 SDÜ. Allerdings werden die Unionsgrundrechte einem allgemeinen Schrankenvorbehalt unterworfen (Art. 52 Abs. 1 GRC). Danach ist eine Einschränkung des Art. 50 GRC zulässig, soweit sie gesetzlich vorgesehen sind, den Wesensgehalt dieses Grundrechts achtet und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Auf die Möglichkeit einer solchen Beschränkung wird auch in den amtlichen Erläuterungen zu Art. 50 GRC ausdrücklich hingewiesen und dabei auf die in dem Schengener Durchführungsübereinkommen genannten Ausnahmen Bezug genommen.[67] Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

Zum einen ergibt sich aus der sekundärrechtlichen Ausformung der transnationalen Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem", dass das Justizgrundrecht nach Art. 50 GRC jedenfalls nicht über die in Art. 54 ff. SDÜ vorgesehenen Einschränkungen hinaus beschränkt werden darf, da in den Art. 54 ff. SDÜ ein für die Mit-

---

[62] *Satzger,* Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2010), § 10 Rn. 68.

[63] EuGH*,* Slg. 2003, I-1345 Rn. 38 ff. – Gözütok und Brügge; Slg. 2006, I-2333 Rn. 33 f. – van Esbroeck; Slg. 2006, I-9327 Rn. 45 f. – van Straaten.

[64] S. auch zur Beschränkung der Freizügigkeit durch Nichtanerkennung des Familiennamens: EuGH, Slg. 2008, I-7639 Rn. 21 ff. – Grunkin und Paul.

[65] EuGH, Slg. 1991, I-2925 Rn. 42 f. – ERT; Slg. 2002, I-6079 Rn. 40 – Carpenter.

[66] ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17 (32); ebenso *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 51 GRC Rn. 18; s. dagegen *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. (2006), Art. 51 Rn. 30 f.

[67] ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17 (31).

gliedstaaten verbindlicher Mindeststandard normiert wird (vgl. Art. 58 SDÜ). Der Unionsgesetzgeber ist allerdings nicht gehindert, die in Art. 55 SDÜ vorgesehenen Ausnahmen nach Maßgabe des Art. 52 GRC um weitere Einschränkungen zu ergänzen.

Zum anderen müssen die in dem Schengener Durchführungsübereinkommen vorgesehenen Durchbrechungen des Grundsatzes „ne bis in idem" in formeller und materieller Hinsicht mit Art. 50 und Art. 52 GRC vereinbar sein, soweit sie von den Mitgliedstaaten in Anspruch genommen werden (vgl. Art. 55 SDÜ). Eine Einschränkung ergibt sich vor allem aus dem in Art. 54 SDÜ enthaltenen Vollstreckungselement: Für den Fall, dass eine Sanktion verhängt worden ist („im Fall einer Verurteilung"), setzt Art. 54 SDÜ voraus, dass die Sanktion entweder bereits vollstreckt worden ist (Var. 1), gerade vollstreckt wird (Var. 2) oder nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr vollstreckt werden kann (Var. 3), während Art. 50 GRC auf eine solche Einschränkung verzichtet.[68]

In diesem Zusammenhang stellt sich vor allem die Frage, ob Art. 50 GRC entnommen werden kann, dass auch in den Fällen, in denen das Vollstreckungselement nicht gegeben ist, ein transnationales Verfahrenshindernis besteht. Das LG Aachen hat diese Frage kürzlich verneint.[69] In dem zu Grunde liegenden Verfahren ging es um einen Angeklagten, der in den Niederlanden wegen mehrfachen Mordes, den er als Mitglied der SS während des zweiten Weltkrieges verübt haben soll, in Abwesenheit zum Tode verurteilt worden war; die Strafe wurde später in eine lebenslange Freiheitsstrafe umgewandelt. Nachdem ein Ersuchen um Vollstreckungshilfe unter Hinweis auf den ordre-public-Vorbehalt (Abwesenheitsverfahren ohne Mitwirkung eines Verteidigers) von deutscher Seite abgelehnt worden war[70], wurde in Deutschland ein Strafverfahren eingeleitet. Nach Ansicht des LG Aachen enthält Art. 54 SDÜ in Gestalt des Vollstreckungselementes eine zulässige Beschränkung des Art. 50 GRC, die durch ein legitimes Ziel (Effektivität der Rechtspflege, Interesse der Allgemeinheit und der Opfer an einer Strafverfolgung) gerechtfertigt sei.[71]

Gegen diese Auslegung lässt sich einwenden, dass Art. 50 GRC trotz der engen Anlehnung an den Wortlaut des Art. 54 SDÜ darauf verzichtet habe, die Entstehung eines grenzüberschreitenden Strafklageverbrauchs an ein Vollstreckungselement zu knüpfen.[72] Dass die amtlichen Erläuterungen auf die Ausnahmen zu Art. 54 SDÜ verweisen, widerspricht dem nicht[73], denn als „Ausnahmen" werden viel-

---

[68] *Eser*, in: Meyer (Fn. 62), Art. 50 Rn. 14; *Satzger* (Fn. 58), § 10 Rn. 67.

[69] LG Aachen, StV 2010, 237.

[70] S. insoweit OLG Köln, Beschl. v. 3.7.2007 - 2 Ws 156/07.

[71] LG Aachen, StV 2010, 237; zustimmend *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 180 ff.; *Satzger* (Fn. 58), § 10 Rn. 68.

[72] *Reichling*, StV 2010, 237, 238; s. auch *Eser*, in: Meyer (Fn. 62), Art. 50 Rn. 14; *Heger*, ZIS 2009, 406, 408.

[73] So aber *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 183.

mehr die in Art. 55 Abs. 1 SDÜ genannten Vorbehalte bezeichnet (s. Art. 55 Abs. 2, 3 und 4 SDÜ).[74]

Demgegenüber wird mit dem Vollstreckungselement eine Voraussetzung für den Grundsatz „ne bis in idem" und nicht eine Bedingung formuliert, unter der die Mitgliedstaaten von dieser Regel abweichen können.[75] Dabei ist einzuräumen, dass das Fehlen des Vollstreckungselements auch damit erklärt werden kann, dass Art. 50 GRC zugleich in Anlehnung an Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK formuliert worden ist, der eine solche Voraussetzung nicht enthält. Dieser Umstand lässt sich aber auch so interpretieren, dass auch in dieser Hinsicht ein Gleichklang mit dem Gewährleistungsgehalt des Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK vollzogen werden sollte. Dafür spricht nicht zuletzt, dass bei der Auslegung von Grundrechten im Zweifel der Auslegung der Vorzug zu geben ist, welche die juristische Wirkungskraft der betreffenden Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet.[76]

Sieht man das Festhalten an dem Vollstreckungselement trotz der vorstehenden Einwände nicht als Verletzung des in Art. 50 GRC garantierten Justizgrundrechts an, so ist die darin liegende Einschränkung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. So stellt sich angesichts der zunehmenden Verbesserung der strafrechtlichen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten die Frage nach der Berechtigung des Vollstreckungselementes, denn die sog. „Fluchtfälle" konnten und können auch durch eine Auslieferung zur Strafvollstreckung oder eine Übernahme der Strafvollstreckung durch den Mitgliedstaat, in den der Verurteilte geflohen ist, zufriedenstellend gelöst werden.[77] De lege ferenda wurde daher bereits gefordert, in Art. 54 SDÜ auf das Vollstreckungselement zu verzichten.[78] Andererseits erscheint in dem vom LG Aachen entschiedenen Fall ein Festhalten an dem Vollstreckungselement gerechtfertigt, da die in den Niederlanden verhängte Strafe weder durch eine Auslieferung des Verurteilten an die Niederlande noch im Wege der Vollstreckungshilfe durch die Bundesrepublik Deutschland vollstreckt werden kann.[79] Dementsprechend wird in diesem Zusammenhang auf die Notwendigkeit des Vollstreckungselements hingewiesen, da das in einem Mitgliedstaat erlassene Strafurteil in derartigen Konstellationen auch mit Hilfe der neuen Instrumente (Europäische Haftbefehl, Europäische Vollstreckungsanordnung) nicht vollstreckt werden könne.[80] Mit anderen Worten, eine Entscheidung, die im Rechtshilfever-

---

[74] In diesem Sinne auch *Eser*, in: Meyer (Fn. 62), Art. 50 Rn. 16.

[75] Vgl. die entsprechende Formulierung in den amtlichen Erläuterungen, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17, 31.

[76] *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 183, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG, s. BVerfGE 6, 55, 72; 32, 54, 71; 39, 1, 38; 43, 154, 167; 51, 97, 110; 103, 142, 153. Bei dieser Auslegung des Art. 50 GRC greift das Prinzip des Anwendungsvorrangs des einfachen Gesetzes nicht ein, s. aber *Burchard/Brodowski*, a.a.O. 181.

[77] Vgl. *Heger*, HRRS 2008, 413, 415.

[78] *Fletcher/Lööf/Gilmore*, EU Criminal Law and Justice, 2008, S. 136; *Vogel*, in: FS Schroeder, 2006, S. 877, 890.

[79] *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 181.

[80] *Satzger* (Fn. 58), § 10 Rn. 68.

kehr nicht anerkannt und vollstreckt wird, soll auch im Rahmen des Grundsatzes „ne bis in idem“ keine Anerkennung erfahren.

Dieser Argumentation ist jedoch entschieden zu widersprechen. Es ist Sache des Urteilsstaates dafür Sorge zu tragen, dass das zu vollstreckende Urteil in einer Weise zustande kommt, die mit den Mindestanforderungen an ein rechtsstaatliches Strafverfahren vereinbar ist. Wenn in einem Mitgliedstaat ein mit diesen Mindeststandards unvereinbares Urteil erlassen worden ist, ist dieses von der dortigen Justiz (erforderlichenfalls unter Mitwirkung des Gesetzgebers) zu korrigieren[81]; der betreffende Mitgliedsstaat kann sich dieser Aufgabe nicht dadurch entziehen, dass er einen anderen Mitgliedstaat dazu anhält, ein weiteres Strafverfahren durchzuführen.

Dies gilt insbesondere für die Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen.[82] Es liefe dem Ziel des Unionsgesetzgebers, mit der Ausgestaltung eines entsprechenden Auslieferungshindernisses das Recht auf ein faires Verfahren zu stärken, zuwider, in derartigen Fällen einen Schutz vor erneuter Verfolgung in einem anderen Mitgliedstaat zu versagen. Die rechtsstaatlichen Mängel des ersten Verfahrens würden auf diese Weise zum Anlass genommen, den Verurteilten ein weiteres Mal strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen. Solange das erneute Verfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen (und gegebenenfalls auch das Vollstreckungsverfahren eingeleitet) worden ist, liefe der Betroffene zudem weiterhin Gefahr, dass bei einer Einreise in den Urteilsstaat (Niederlande) das dort verhängte Urteil vollstreckt wird.[83] Die rechtsstaatswidrige Verurteilung kann daher nicht wie ein „nullum“ behandelt werden. Dieses Ergebnis wäre mit der individualschützenden Funktion des Art. 50 GRC schlechthin unvereinbar. Die weite Auslegung entspricht aber zugleich auch der objektiven Funktion dieses Prinzips, die eine mehrfache Befassung der Justiz unterschiedlicher Mitgliedstaaten mit derselben Tat verhindern und damit einen Beitrag zu einer effizienten transnationalen Strafrechtspflege leisten soll; dies gilt - zumindest zum Teil - auch für den vorliegenden Fall, steht es doch zu vermuten, dass auf die Ermittlungsergebnisse aus dem ersten Verfahren erforderlichenfalls im Rahmen einer Wiederaufnahme zurückgegriffen werden kann.

Letztlich spricht für dieses weite Verständnis des Art. 50 GRC auch die hervorgehobene Bedeutung, welche das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung durch seine Verankerung im Primärrecht (Art. 67 Abs. 3, Art. 82 AEUV) erfahren hat. Der EuGH hat seine extensive Auslegung des Art. 54 SDÜ bereits vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon maßgeblich auf das Prinzip der gegenseiti-

[81] Vgl. insoweit EuGH, NJW 2009, 3149 – Bourquain.

[82] S. dazu oben 2.

[83] S. dagegen *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179, 184: Das Vollstreckungselement sei geboten, „wenn eine Vollstreckung des im Sanktionsstaat weiterhin vollstreckbaren Ersturteils rechtlich nicht zu befürchten ist.“ *Rechtlich* ist eine solche Vollstreckung bei einer Einreise sehr wohl zu befürchten und dem Verurteilten kann ein entsprechender Verzicht auf die Ausübung seines Freizügigkeitsrechts (Art. 21 AEUV) *rechtlich* nicht zugemutet werden.

gen Anerkennung gestützt.[84] Indem die Mitgliedstaaten dieses Prinzip in den Rang des Primärrechts erhoben haben, haben sie diesen Interpretationsansatz abgesichert, wenn nicht sogar gestärkt.

5 Ausblick

In den neueren Diskussion um den Grundsatz „ne bis in idem“ wird zugleich die vertikale Dimension des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung sichtbar. Insofern ist auffällig, dass der EuGH ein Verfolgungshindernis im EU-Bußgeldrecht an strengere Voraussetzungen bindet als im horizontalen Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten, d.h. bei der Auslegung des Art. 54 SDÜ.[85] Diese Rechtsprechung lässt unweigerlich den Eindruck aufkommen, als seien zur „Schonung“ der Sanktionsgewalt der Union weitergehende Einschränkungen des Justizgrundrechts aus Art. 50 GRC zulässig.[86] Wie in der strafrechtlichen Zusammenarbeit setzt aber auch die dezentrale Anwendung und Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts ein Minimum an Vertrauen - auch der Union - gegenüber den einzelnen Mitgliedstaaten voraus. Die Rechtsprechung des EuGH zum Grundsatz „ne bis in idem“ könnte daher zum Ausgangspunkt für eine Fortentwicklung dieses Grundsatzes im vertikalen Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten werden. Die Bedeutung dieser Fragen mag vorerst - soweit sie „nur“ das EU-Wettbewerbsrecht betreffen - begrenzt sein; vor dem Hintergrund der Ermächtigung zur Errichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 AEUV) könnte diese vertikale Dimension aber auch für das Kriminalstrafrecht relevant und zum Lackmus-Test für die in der Grundrechte-Charta enthaltene Verpflichtung auf die Wahrung individueller Menschenrechte und Freiheiten werden. Über kurz oder lang wird es die Glaubwürdigkeit der Union nicht unberührt lassen, wenn diese von den Mitgliedstaaten fordert, verfahrensabschließende Entscheidungen anzuerkennen, um den Einzelnen vor erneuter Strafverfolgung zu schützen, sich selbst aber im Interesse einer „effektiven“ Durchsetzung des Unionsrechts eine erneute Sanktionierung vorbehält.

---

[84] EuGH, Slg. 2003, I-1345 Rn. 33 – Gözütok und Brügge; s. insoweit die Schlussanträge von Generalanwalt Jarabo Colomer, ebenda, Rn. 124 ff.

[85] S. das zusätzliche Erfordernis der Identität des geschützten Rechtsgutes: EuGH, Slg. 2004, I-123 (Rn. 338 ff.) - Aalborg Portland.

[86] S. dazu näher *Böse*, EWS 2007, 202 ff.

Targeted Sanctions: How to Enforce Institutionalized Fear and Maintain the Rule of Law

Torbjörn Andersson[1], Upsala

1 Introduction

In Germany, as in most continental European countries, the subjects of civil and criminal procedure are separated. In Sweden, though, civil and criminal procedure are one academic subject – procedural law. Furthermore, civil and criminal procedure are both regulated within the same code, the Swedish Code on Civil and Criminal Procedure, which came into force in 1948. Since I am a Swedish professor of procedural law it is part of my job to teach and research in both fields.

The field of targeted sanctions is indeed strange. It consists of elements of international law, EU law and domestic constitutional law, and contains many of the questions which are generally considered to belong in the areas of criminal law, administrative law and procedural law. For the purpose of this article, I focus on such targeted sanctions by which individuals and organisations are blacklisted and by which the assets of the targets are frozen. And the article is limited to such sanctions taken for the purpose to fight terrorism. Also, I take the EU perspective – even if one part of the blacklisting decisions emenates from the UN Security Council and only is made effective via the EU institutions, this article is concerned merely with the questions raised at EU level. In the article, I call this *external* black-

[1] I would like to thank Prof. Iain Cameron, Uppsala, for collaboration and many lengthy discussions on this subject as well as for the opportunity to use some fresh material and input.

listing. *Internal* blacklisting is meant to catch the other part, that is, where blacklisting decisions are taken by EU institutions. Both kinds of blacklisting are dealt with, and thus from an EU perspective.

The paper will be disposed of the following way. First, I will point out some peculiarities connected to the field of blacklisting. Second, I will describe the legal framework concerning economic sanctions against individuals in EU countries. Third, the most important cases in this field, decided by the EU courts, will be referred. Fourth, there will be a brief discussion on the post-Lisbon situation in the field. Fifth, I will make some concluding remarks on the future.

2 The Peculiarities

In November 2001, three Swedish citizens had all their economic assets frozen, as a result of an EC Regulation passed to implement UN Security Council sanctions against the Taliban and the Al-Qaida terrorist network. They could not use their bank accounts and their employers could not pay them without committing a criminal offence under Swedish law. When the case was presented for me by a lawyer, unfamiliar with the concept of targeted sanctions I was struck by a number of its features.

First, the nature of the concept in respect of the persons and undertakings blacklisted appeared peculiar. Normally, any piece of criminal law may be understood as a general imperative („thou shalt not“). Also blacklisting acts are drawn up that way and directed to the public, laying down a general prohibition to, for whatever purpose, transfer money or other assets to the persons blacklisted. Thus, apart from explicitly naming persons and enterprises in normatives acts, the blacklisted persons are not really addressed by the acts containing the lists. They are rather treated like objects than subjects, since the blacklisting acts do not contain any direct message to them; they are not prohibited to do anything or compelled to do anything, that is, apart from transferring assets to other blacklisted persons or undertakings.

Second, blacklisting acts seemed to me to miss one important element and thus making it difficult to understand their specific purpose. The acts contain explicit objectives, like meaning to be obstacles to terrorism, condemning the then Taliban regime of Afghanistan etcetera. Still, the blacklisting acts submit no sufficient links between the objectives and most of the names in the lists. It would be natural that, if you point out a person or enterprise as something condemned, like drugs, murder, rape and cheating, that you submit some other motivation as to why the person or enterprise is branded, than just a general reference to the war against terrorism.

Third, there appeared to be no transparency in the process of putting names on the list and also a complete lack of judicial control, and other means of checks, of whether the blacklisting of specific subjects were correct. This is due to two pecu-

liarities. A) The decision to put a name in a list is based on an assessment of classified facts, not an assessment of whether or not a set of proven factual circumstances fulfil a set of given prerequisites in a rule of criminal law. B) Blacklisting decisions are taken by the UN Security Council and as such beyond judicial control under international law. But even if such decisions were subject to judicial review, like blacklisting decisions by the EU Council, the review would be limited to mere formalities – it is very hard for a court to review the assessment of classified material when there is no criminalising norm, but only a general threat from terrorism, to review the assessment against. In fact, the system of blacklisting individuals falls short of some fundamental elements of the *Rechtstaat*: The state should not punish individuals without reason and not without their behaviour, foreseeably, being caught by a piece of criminal law. And the legislation and the application of criminal law, should be entrusted to different state organs. Blacklisting acts, in contrast, possess some constitutional multi-tool functions: a decree to freeze assets contains, all in one, legislation, application and the necessary level of control. Only the enforcement is left to the lower levels of the international community, that is, the national states.

Fourth, whereas the law of blacklisting is not very complicated or hard to understand for a lawyer, the regime involves different levels of decision-making and parallel, but slightly different, tracks of regulation.[2] This feature makes it difficult to obtain an accurate overview of the structure of blacklisting and you are bound to end up in time consuming discussions with the devil on details, which tend to blur the core and the substance of the blacklisting regime.

3 The Structure of Blacklisting – an overview

This section will contain an outline of the structure of blacklisting.[3] I make a distinction between the context where EU sanctions connect to already existing and legally binding blacklists (external blacklisting) and the context where the EU creates and maintains blacklists (internal blacklisting).

[2] Blacklisting triggers international law, EU law, human rights and domestic law and concerns regulation and application at UN level, EU level, domestic level and also the European Convention on Human Rights and its application by the European Court.

[3] An earlier outline of this kind may be found in Andersson, T/Cameron I/Nordback K, "EU Blacklisting: The Renaissance of Imperial Power, but on a Global Scale" European Business Law Review 2003 p 111.

3.1 Structure of External Blacklisting

3.1.1 At UN Level

In order to understand the EU sanctions against the Taliban and Al-Qaida, you have to take the UN measures as a starting-point. Under UNC, the Security Council is responsible for maintaining international peace and security. After a determination that a situation constitutes a threat to, or breach of, the peace, the Security Council may order states to (i) take measures under Article 40, (ii) non-forcible measures under Article 41 (sanctions) and (iii) military action under Article 42, against the entity responsible for the threat or the breach.[4] As a result of the ineffectiveness and severe effects on civilians of embargoes, the Security Council has increasingly favoured targeted sanctions. Beginning with the Angola sanctions in 1998, targeted sanctions have been directed against both non-state and state entities.[5]

Resolution 1267 (15 October 1999) is pointed at the Taliban regime in Afghanistan. The main reason for targeting the Talibans, was their refusal to extradite Usama Bin Laden to the USA.[6] The resolution established a Sanctions Committee for the monitoring and implementing of the resolution. Under this resolution, the Sanctions Committee has inter alia, the power to designate the financial resources owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any undertaking owned or controlled by the Taliban. According to the resolution, states have to freeze such assets and ensure that designated resources are not made available by their nationals or persons within their territory to the Taliban et al. Exemptions may be decided by the committee on a case-by-case basis on the ground of humanitarian need. The resolution is unlimited in time.[7]

Resolution 1333 (19 December 2000) is directed against a group of targets: "Usama bin Laden and individuals and entities associated with him". States are to freeze funds and other financial assets of bin Laden and associates as designated by the Sanctions Committee. Furthermore, states must ensure that no "other funds or financial resources are made available, by their nationals or by any persons within their territory, directly or indirectly, to bin Laden or his associates, including the Al-Qaida organization". The Sanctions Committee monitors the measures taken by member states, but the Committee is also responsible for maintaining an updated list of the individuals and entities designated as being associated with Usama bin Laden, including those in the Al-Qaida organisation. The member states may re-

---

[4] See, e.g. I. Österdahl, Threat to the Peace (1998).

[5] SC Resolution 1173 (1998).

[6] Bin Laden was suspected of being responsible for the bombing of the US embassies in Nairobi and Dar-es-Salem.

[7] Article 14 provides that the measures imposed, inter alia the freezing of funds, will be terminated once the Secretary-General reports to the Security Council that the Taliban has fulfilled the obligation to hand over Usama bin Laden to appropriate authorities in a country where he has been indicted.

quest adding of names to the list; member states and others concerned may apply for the removal of names from the list. The Sanctions Committee decides on applications for removal of names.[8]

Following the defeat of the Taliban, the Security Council adopted Resolution 1390 (16 January 2002). In it the Security Council decided that the measures imposed by resolution 1333 should apply and confirmed the continued application of resolution 1267. Resolution 1390 involved a difference in that the connection between the targets and territory or state was given up.[9] The measures were to be reviewed in 12 months and at the end of that period the Council should either allow the measures to continue or improve them, "in keeping with the principles and purposes of this resolution". Normal Security Council voting rules apply to the review decisions, i.e. by veto, a permanent member can block the resolution from lapsing.

The resolutions 1333 and 1390 were followed by a series of other resolutions which altered, reinforced and updated the system of restrictive measures against the targets hitherto named in the blacklist.[10] All of these resolutions are expressions of the law as it appears to stand today and which, with minor modifications, contains the same normative meaning as did Resolution 1267: since established under Chapter 7 of the UNC the resolutions are binding and they lay down an obligation on all UN member states to freeze assets belonging to the targets.

Still, it is important to emphasize the introduction of a specific procedure for alterations of the UN blacklist in 2006. According to article 5 of Resolution 1735 member states, when they suggest the adding of a name to the list, must inform of the reasons in detail. This shall include all circumstances of relevance for the exact determination of why the person or unit meet the criteria, what kind of information the application is based upon and all information or verifying documents or evidence which can be submitted. Under article 6 the member states are requested to be specific on parts of their application which may be submitted in order to clarify to the person about the application for blacklisting, and on which parts that may be submitted to them at their request. The Security Council has undertaken to certify that there are just and clear procedures for the listing and delisting of persons and entities. Accordingly, through Resolution 1730 (2006) and via the General Secretary of the UN, a focal point for communications, concerning

[8] Presently, the procedure is regulated under Resolutions 1735 (2006), 1822 (2008) and 1904 (2009). Furthermore, the Sanctions Committee may decide on exemtions from freezing of assets under Resolution 1452 (2002). The Resolution is intended to facilitate the implementation of counter-terrorism obligations, but provides for a number of derogations from and exceptions to the freezing of funds and economic resources imposed by Resolutions 1267 (1999) and 1390 (2002) which may be granted by the Member States on humanitarian grounds, on condition that the Sanctions Committee gives its consent.

[9] On the US departure from geographically oriented targeting, see P. Fitzgerald, "If Property Rights Were Treated Like Human Rights, They Could Never Get Away with This": Blacklisting and due process in U.S. economic sanctions programs, 51 Hastings Law Journal, 1999 p. 90.

[10] Resolutions 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009).

listing and delisting, was established and through Resolution 1904(2009) an Ombudsperson was introduced.[11]

3.1.2 At European Level

The Common Foreign and Security Policy (CFSP) is set out in Articles 11 et seq. of the TEU. One of the objectives of the CFSP is ”to preserve peace and strengthen international security, in accordance with the principles of the UNC…”. Member states shall adopt Common Positions to define the approach of the Union to matters of geographical or thematic nature. Although the member states are required to ensure that their national policies conform to the Common Positions, the latter do not possess direct effect domestically. Instead, if necessary, they have to be implemented by national legislation.

The Council has adopted a number of Common Positions as a result of the UN resolutions containing blacklists mentioned above. E.g. Resolution 1390 was implemented by Common Position 2002/402/CFSP which replaced and repealed the common positions in force at the time. The Common Positions concerning external blacklisting do not contain lists of individuals or entities subject to financial sanctions, but only declare that the *EC* shall order freezing of assets belonging to the targeted subjects.

In March 2001, resolutions 1267 (1999) and 1333 (2000) and the Common Positions implementing the resolutions, 1999/727/CFSP (15 November 1999), 2001/56/CFSP (22 January 2001) and 2001/154/CFSP (26 February 2001), were followed by Council Regulation 467/2001/EC. Articles 60 and 301 of the EC Treaty were used as legal basis.[12] The original list in the annex to the Regulation contained only persons/entities situated outside of Europe, mainly people appearing to be citizens of Afghanistan, Pakistan, Egypt and Saudi Arabia, as did the identical list of the Sanctions Committee at the time. Under Article 10 the Commission was empowered to amend or supplement the list of persons etc in the annex on the basis of determinations made by either the UN Security Council or the Sanctions Committee.

Council Regulation 467/2001 and the Commission regulations, were replaced by Regulation 881/2002 and an annexed updated blacklist. Still, under article 7 of 881/2002 the Commission may alter the blacklist annexed. Like its predecessor, besides ordering the freezing of funds of designated subjects, 881/2002 provides in article 2 that no funds etc shall be made available, directly or indirectly, to or for the benefit of persons/entities listed by the Sanctions Committee and repeated in

[11] On the procedures for Security Council targeting decisions, see Cameron, “Blacklisting and Financial Sanctions” (2010).

[12] Subsequently the three provisions 60, 301 and 308 of the EC Treaty have been considered by the ECJ to be a sufficient legal basis for EC reghulations blacklisting EU individuals, although their wording and objectives do not imply that. Remaining doubts as to the legality have disappeared after the coming into force of the Lisbon Treaty and its article 215. See below section 5.

the annex to it. Furthermore, under Article 4 it shall be forbidden to participate in related activities the object or effect of which it is, directly or indirectly, to promote the transactions or activities referred to.[13]

Since 6 March 2001, the Commission has passed a number of EC Regulations amending the original list. These regulations, like the Council Regulation, were binding in their entirety and directly applicable in the Member States. The alterations have been in exact conformity with amendments and supplements by the Sanctions Committee. These show that the territorial circle of blacklisting gradually widens and eventually includes citizens and/or residents of EU countries.[14] As a consequence of the judgment of the Court of Justice in the Kadi I case[15] the procedure for the Commission altering the blacklist was changed by Regulation 1286/2009. This is discussed infra in section 4.

Apart from direct economic sanctions against the persons blacklisted, the Regulation prohibits third parties to engage in economic activities with those blacklisted. The penalties for violation of sanctions are not laid down in the EC regulations. Each Member State is to determine these, although such penalties shall be "effective, proportionate and dissuasive". The member states are also responsible for bringing proceedings against any natural or legal person etc under its jurisdiction, in cases of violation of any of the prohibitions.[16]

---

[13] Taking the view that action by the Community was necessary in order to implement Resolution 1452 (2002), on 27 February 2003 the Council adopted Common Position 2003/140/CFSP concerning exceptions to the restrictive measures imposed by Common Position 2002/402. Common Position 2003/140 provides that, when implementing the measures set out in Common Position 2002/402, the Community is to provide for the exceptions permitted by that resolution. On 27 March 2003 the Council adopted Regulation 561/2003 as regards exceptions to the freezing of funds and economic resources. In the fourth recital in the preamble to that regulation, the Council states that it is necessary, in view of Resolution 1452 (2002), to adjust the measures imposed by the Community and provides for an exemption to freezing of assets when that is necessary for humanitarian needs.

[14] In the original list there is one individual who is believed to be citizen of both Egypt and Canada. In the second Commission alteration, 11 October, the first entity with connection to the EU shows up, an export-import company situated in Germany. In its third Regulation of 19 October, the Commission has put an English resident and an individual with addresses in Germany, England and Belgium in the list. The fourth Commission Regulation (12 November) contains three Swedish organisations, one Austrian and one Swiss; two Italians, three Swedes and three Swiss are listed as individuals. Thus, only as from October 2001 and onwards do the blacklists directly concern persons and entities in the EU.

[15] See below section 4.3.

[16] Two differences between the two regulations may be observed. In 881, article 308 is introduced as a supplementary legal basis; a freezing decision taken in good faith does not give rise to liability.

3.2 Internal Blacklisting

3.2.1 At UN Level

After September 11, the Security Council adopted Resolution 1373 (28 September 2001) in which it decided that all states shall freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts. The resolution is aimed against terrorism in general, specifying a number of measures to be taken by states and lays down an obligation to apply the operative parts of the UN Convention on the Financing of International Terrorism. The Security Council is to provide for the setting up of a committee to monitor the implementation of the resolution by the states. In contrast to the resolutions mentioned previously, Resolution 1373 does not contain lists of terrorists and it does not require the committee or states to blacklist subjects. But it requires that member states identify and enforce specific sanctions against entities involved in terrorism.

3.2.2 AT EU Level

Resolution 1373 (2001) on terrorism in general has been mainly implemented by the *Common Position 2001/930/CFSP* on combating terrorism *and 2001/931/CFSP* on the application of specific measures in purpose to combat terrorism (both 27 December 2001).

While the former Common Position lays down inter alia that funds etc belonging to persons or entities, abstractly described, shall be frozen, the latter Common Position states that it shall be applied to persons, groups and entities named in the annex. The list in the annex should be drawn up on the basis of "precise information or material in the relevant file, which indicates that a decision has been taken by a competent authority" (a judicial authority if such possesses jurisdiction) in respect of the persons/entities concerned. Such a decision may concern the instigation of investigations or prosecution for terrorist acts, attempts to perpetrate, participate in, or facilitate such an act.

The decision is to be based on "serious and credible evidence or clues, or condemnation for such deeds". Persons identified by the Security Council as being related to terrorism and against whom it has ordered sanctions may be included in the list. The names of the persons/entities on the lists are to be reviewed at least once every sixth months by the EU Council to ensure that there are grounds for keeping them in the list.

Under Article 2, the EC, within the limits of the powers conferred on it by the EC Treaty, shall order the freezing of funds of persons etc listed in the Annex to the Common Position. In the Annex there is a list of persons and a list of organisations, most of which are marked with an asterisk. A footnote states that persons

marked with an asterisk are to be the subject only of Article 4 of the Common Position. In Article 4 it states that Member States through police and judicial cooperation within the framework of the third pillar (Title VI of the TEU) are to afford each other the widest possible assistance in preventing and combating terrorist acts. This means that persons and entities marked with an asterisk are not subject to blacklisting measures, but to measures based upon acts decided under the third pillar, like the frame-work decision on terrorism. From the names in the list it is apparent that those exempted from blacklisting all have connections to EU member states.

Within the first pillar the Common position 2001/931 is complemented by EC Regulation 2580/2001, requiring all funds of listed persons to be frozen, the legal basis of which is stated to be Articles 60, 301 and 308. Under Article 2(3) of the regulation, the Council is given the task to establish, review and amend a list of persons etc suspected of involvement in acts of terrorism. Accordingly, the regulation was first supplemented by a Council Decision 2001/927/EC, containing a list of names which corresponded to the names not marked with an asterisk in the Common Position, thus names with apparent lack of connection to the EU.

It can thus be seen that there are different mechanisms for blacklisting under Regulations 881/2002 and 2580/2001 respectively. In practice, the listing of a name by the UN Sanctions Committee is enough as a basis to blacklist a person under Regulation 881. Under Regulation 2580 blacklisting requires that a person has been made subject to legal decisions by a (judicial) competent authority for acts of terrorism and has been considered in a Council decision to be listed. Once on a Regulation 2580 list, you may be taken away after review by the Council. Under Regulation 881 there is no mechanism at EU level to have names removed from the list; the removal of names will happen when, and if, the UN organs decide to do so.

The difference in the mechanism for blacklisting, have implications for the scope of judicial review by the CFI and the ECJ.[17]

3.2.3 At Domestic Level

Under Article 25 UNC, all member states are obliged to carry out Security Council resolutions adopted under Chapter VII UNC. However, at least for dualist states such as Sweden, these resolutions do not have direct effect.[18]

In Sweden, implementation of international sanctions decided or recommended by the Security Council, or the Council under CFSP, as well as EC regulations relating to such sanctions, is by means of the International Sanctions Act (SFS 1996:95).[19] In accordance with the rules on delegation of legislative power in Chap-

[17] See below section 4.

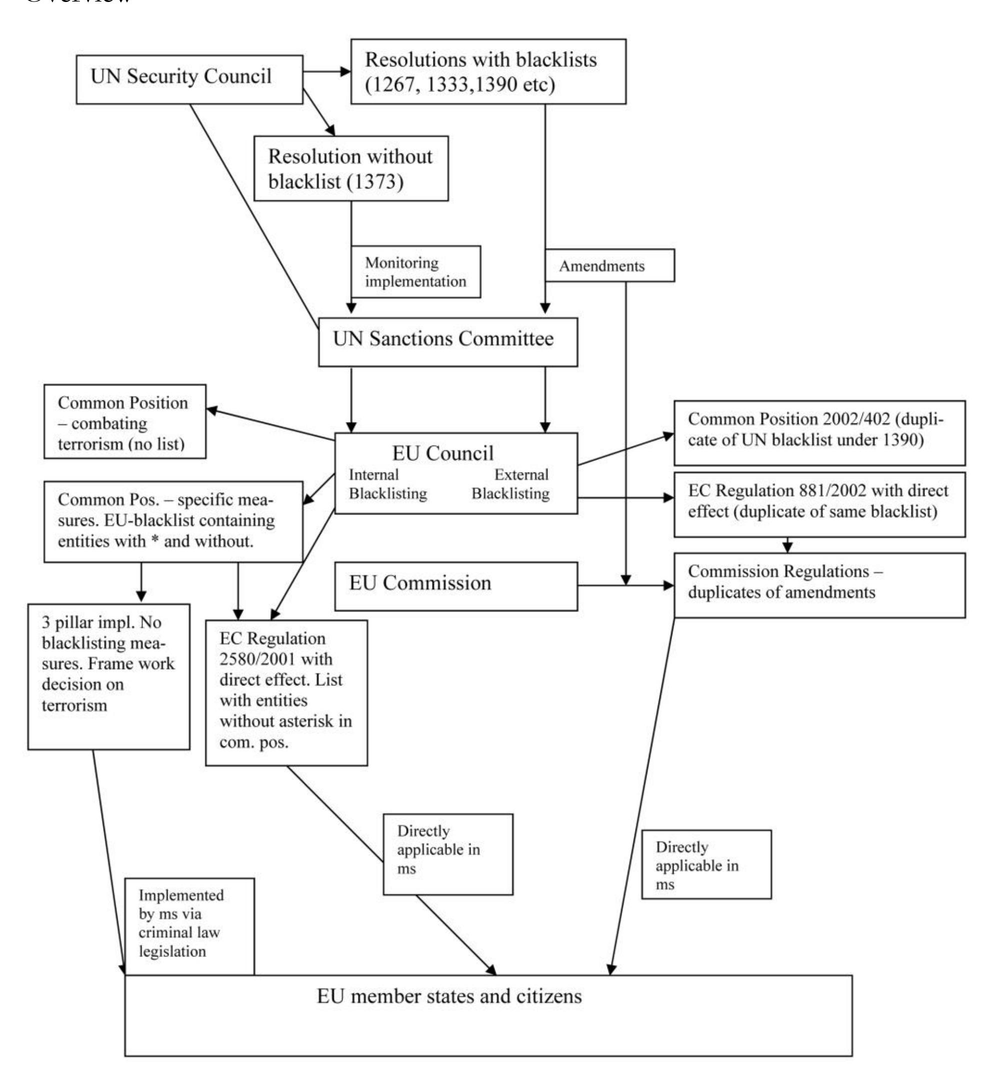
[18] See e.g. governmental bill 1998/99:27, at p. 9.

[19] For a detailed treatment of this legislation, see P. Cramér, Sweden, in V. Gowland-Debas, UN Sanctions and International Law, the Hague, 2002.

ter 8 of the Instrument of Government, the government may pass ordinances implementing these sanctions, with the subsequent approval of the parliament. There are no implementing Swedish rules as far as the substantive content of the directly effective EC regulations are concerned, however, section 8 of the Act criminalizes *violations* of these regulations. Under section 15, the government is to promulgate which regulations exist, and for which criminal penalties apply. In respect of Regulation 467/2001, this was done on 15 March 2001. The International Sanctions Act contains no humanitarian exception provisions.

It seems, though, that Sweden is in the minority of EU states when applying 881/2002 directly. From an English judgment in 2010 (Ahmed et al) containing reports from the member states of the EU, it appears like 11 out of 27 states only applies Regulation 881/2002 when they fulfil their obligations under the UN resolution 1333 (2000). The 16 remaining member states have, furthermore, enacted restrictive measures which directly concern the implementation of the resolution in the domestic legal order, measures which thus coexist with Regulation 881/2002.

Overview



4 Judicial Review

4.1 The Problems

As said above, the developing use of blacklisting for freezing of assets as a means to fight terrorism, gives rise to legal difficulties, already at the surface. This is especially so, when the implementation is undertaken within the EU legislative and judicial system and thus confronted by human rights requirements, binding

through the ECHR, the EU Charta and as general principles of law common to all EU member states.

Almost immidiately after EU domiciled entities began being blacklisted, targeted sanctions containg freezing requirements were being questioned before courts in the EU. Gradually, the blacklistings were reviewed be courts at domestic and EU level. The most common objections were that freezing of assets without court trial violated the right to dispose of one's property under the ECHR and that blacklisting violated the right of accused individuals to have effective judicial control of the accusation. The counterarguments were, and are, basically three. First it is said that targeted sanctions are of a provisional nature and necessary to impair the financing of terrorism. Second, it is said that targeted sanctions are not penal in character, which is why normal individual protection should not apply. The third is simply an argument of law, not of reason: Under international law every state is under an obligation to honour their undertakings in agreements unconditionally. Thus, none of the UN member states can question decisions by the UN Security Council, not by using internal constitutional law, nor by the ECHR. From this perspective, the UN Security Council possesses the ace of spades, and nothing beats the ace of spades.[20]

For the purpose of this article I distinguish between external and internal blacklisting. The distinction is made from an EU perspective. Both kinds of blacklisting is effected at EU level and both kinds emenates from requirements laid down on UN member states by Security Council Resolutions. The difference being that external blacklisting requires a mere duplication of readymade lists, whilst internal blacklists are created under the EU umbrella to the fullfilment of member states obligations under Resolution 1373. The EU Council, which is the body responsible for the creation and updating of the internal list, does not hold the ace of spades; within the EU system Council decisions are expected to be questioned and should, when proven to violate e.g. human rights, be invalidated. This should be considered when analyzing the case law of European Courts on the theme of blacklisting.

In the following I try to limit my submissions to the most relevant cases, including one very recent decision the General Court of the EU. And I follow the just mentioned distinction between internal and external blacklisting.

4.2 Internal Blacklisting – Case Law

For the purpose of this article I use three cases concerning the internal blacklisting of People's Mujahedin Organisation of Iran as examples. [21]

[20] Cf Kurt Vonnegut, Palm Sunday.

[21] These cases are all decided by the Court of First Instance of the EC. Since the name of that court has changed over time, it is called Tribunal, Court or General Court in various cases – I have exclusively used the abbreviation ECJ, or the name Court of Justice, when the European Court of Justice is concerned.

4.2.1 The First PMOI Case[22]

On the 28th of March 2001, thus before the coming into force of UN Resolution 1373 (the basis of EU internal blacklisting), the Secretary of State of the Home Department of the UK decided to list People's Mojehedin Organization of Iran (PMOI) as a forbidden organization under the UK Terrorist Act, as from 2000. PMOI brought two separate actions against this decision in the UK; one before the Proscribed Organisations Appeal Commission (POAC) and one before the High Court.[23] In May 2002 the Council updated the list in the Common Position 931(2001), thus including PMOI.[24] It also by a Council Decision updated the list attached to EC Regulation 2580, adding PMOI.[25] In a number of subsequent Common Positions and Council Decisions the PMOI was kept in the list.[26] In between these decisions by the Council, there was a decision by the POAC that there had been no need to hear PMOI before the UK Home Secretary took the decision to list the organisation.

In the first case before the Tribunal of First Instance, the PMOI brought an action for annulment and a declaration of inapplicability (as against the organisation) of the relevant Common Positions and Council Decisions. The most relevant pleas supporting the claim, at least for the purpose of this article, contain allegations that the EU acts infringed the right to a fair hearing, essential procedural requirements (to state reasons), the right to effective judicial protection, the presumption of innocence and constituted manifest errors of assessment.

The Tribunal found that it was outside its competence to review acts like Common Positions. As to the disputed Council Decisions the Tribunal first submitted that the decisions, as regards sanctions for infringing the decision, possessed a legislative nature and were of general application, but still, in respect of those blacklisted, were of direct and individual concern. Therefore, the right to a fair hearing should apply,[27] [28] as well as the obligation to state reasons and the right

---

[22] T-228/02. ECR 2006 II-4665.

[23] The High Court dismissed the action, finding that POAC rather than itself was the right forum.

[24] 2002/340 CFSP.

[25] By Council Decision 2002/334/EC of 2 May 2002 implementing Article 2(3) of Regulation (EC) No 2580/2001 and repealing Decision 2001/927, the Council adopted an updated list of the persons, groups and entities to which that regulation applies. The applicant's name was included in that list, in the same terms as those employed in the Annex to Common Position 2002/340.

[26] Common Position 2002/462/CFSP; Council Decision 2002/460/EC; Common Position 2005/936/CFSP; Common Position 2005/847/CFSP; Council Decision 2005/848/EC; Council Decision 2005/930/EC.

[27] The Tribunal made a reference to its earlier decision in the Yusuf and Kadi (I) cases, which concerned external blacklisting; in those cases the Tribunal held that the principle of a fair trial should not apply, using the argument that since those persons were listed by decision of the Security Council, nothing they could say would make it possible to alter the decision to blacklist them. In this case, even if the EU internal blacklisting is undertaken due to an obligation under the UN, the names are put on the list after an assessment by the Council, an assessment which may be influenced by facts and arguments brought forward by blacklisted subjects.

[28] The safeguarding of the right to be heard comprises two parts. First, the party concerned must be informed of the evidence adduced against it to justify the proposed sanction ('notification of the

to effective judicial protection. But the Tribunal made some submissions as to limitations and the purpose of those rights in cases concerning internal blacklisting.

Internal blacklisting leading to freezing of assets, requires procedures at two levels, one domestic and one EU, since the Council when the list is drawn up has to base it on a decision taken by a competent authority in respect of the persons concerned.[29] In the second phase the Council must decide to include the party concerned in the blacklist, on the basis of precise information or material in the relevant file which indicates that such a decision has been taken. Next, the Council must at regular intervals ensure that there are grounds for keeping the party in the list. The existence of a decision by a national authority is an essential precondition for the adoption, by the Council, of an initial decision to freeze funds, whereas verification of the consequences of that decision at the national level is necessary in the context of the adoption of a subsequent decision to freeze funds.

The Tribunal held that the general principle of observance of *the right to a fair hearing* requires, unless precluded by overriding considerations concerning the security, that the evidence adduced against the party, should be notified to it, in so far as possible, either concomitantly with or as soon as possible after the adoption of an initial decision to freeze funds. Subject to the same reservations, any subsequent decision to freeze funds must, in principle, be preceded by notification of any new evidence and by affording the blacklisted the possibility to let his or her views be known. However, observance of the right to a fair hearing does not require either that the evidence be notified to it before the adoption of an initial measure, or that that party automatically be heard after the event. The hearing of a party beforehand would risk depriving the decision of its effectiveness. Furthermore, since the internal blacklisting procedure requires a decision by a competent authority, the Tribunal considered that the protection of the party's right to a fair hearing should primarily be guaranteed before that domestic authority. Questions concerning the appropriateness of the decision or whether it is well-founded or whether the decision infringes individual rights, should exclusively be brought up before the national authority or before a domestic court. That should be exempted though, when the Council uses new facts which have not been considered by the domestic authority – such facts should be notified to the individual and made subject to the blacklisted's views.

As to *the obligation to state reasons*, the Tribunal held the following. Unless precluded by the security, the statement of reasons for an initial decision to freeze funds must make actual and specific reference to "precise information or material in the relevant file which indicates that a decision has been taken by a competent

evidence adduced'). Second, it must be afforded the opportunity effectively to make known its view on that evidence ('hearing').

[29] That is irrespective of whether such a decision concerns the instigation of investigations or prosecution for a terrorist act, an attempt to perpetrate, participate in or facilitate such an act based on serious and credible evidence or clues, or condemnation for such deeds. If it is a decision to instigate investigations or to prosecute, it must be based on serious and credible evidence or clues.

authority. Like the right to a fair hearing, the obligation to state reasons at EU level does not cover the substance of the decision – whether the decision is correct or constitutes an infringement of individual (human) rights – except in respect of new facts which have not been considered by the competent national authority trigging the decision at EU level. Moreover, the statement of reasons for a subsequent decision to freeze funds must state the actual and specific reasons why the Council considers, following re-examination that the freezing of the funds of the party remains justified.

In respect of *effective judicial protection*, the Tribunal found that the Council enjoys broad discretion in its assessment of the matters to be taken into consideration for the purpose of adopting economic and financial sanctions at EU level. Since the EU Courts may not substitute the Council's assessment of the evidence, facts and circumstances justifying the adoption of such measures for that of their own assessment, the review carried out by the Tribunal of the lawfulness of decisions to freeze funds must be restricted to checking that the rules governing procedure and the statement of reasons have been complied with, that the facts are materially accurate, and that there has been no manifest error of assessment of the facts or misuse of power. That limited review applies, especially, to the Council's assessment of the factors as to the appropriateness on which such decisions are based.

When applying these points of law to the specific case, the Tribunal first held that at no time before the action was brought was the evidence adduced notified to the PMOI. None of the initial decision to freeze its funds and subsequent decisions did mention the 'specific information' or 'material in the file' showing that a decision justifying its inclusion in the list was taken by a competent national authority. The PMOI had not been apprised of the specific evidence adduced against it in order to justify the sanction envisaged and was not in a position effectively to make known its views on the matter.[30] Those considerations were applicable both to the right to a fair hearing and the obligation to state reasons. The Tribunal considered that none of the relevant Council decisions satisfied the requirement of a statement of reasons; they merely stated, in the second recital in their preamble, that it was 'desirable' to adopt an up-to-date list to which Regulation 2580 should apply.

Furthermore, the Tribunal held that the PMOI had been unable to effectively make known its views to the Council, and that PMOI, in the absence of any statement in the decision of the actual and specific grounds justifying that decision, had not been put in a position to avail itself of its right of action before the Tribunal. Moreover, the Tribunal assessed that neither the written pleadings of the different parties to the case, nor the file material produced before the Tribunal, enabled PMOI to conduct its judicial review, since the organisation was not even in a position to determine with certainty, after the close of the oral procedure, exactly

[30] The Council's argument that it heard the applicant before proceeding with the freezing of funds was not accepted.

which was the national decision on which the decision was based. The Tribunal observed that the UK and the Council had diverging views as to which was the relevant domestic decision justifying the blacklisting of PMOI and concluded that itself after the oral hearing was incapable to review the legality of the decision.

The Tribunal held, conclusively, that the decision lacked from statement of reasons and had been adopted in a procedure depriving PMOI of its right to a fair hearing and that the Tribunal could not review the legality of the decision. The Tribunal annulled the decision in so far as it concerned the PMOI.

4.2.2 The Second PMOI Case[31]

After the oral hearing in the first case, which was held on 7 February 2006, but before the judgment was delivered, the Council adopted Decision 2006/379 of 29 May 2006 implementing Regulation 2580/2001 and repealing Decision 2005/930/EC. By that decision, the Council continued to include PMOI's name in the list. On 21 December 2006, the Council adopted Decision 2006/1008. By letter of 30 January 2007 the Council informed the applicant that, in its opinion, the reasons for including the applicant in the list were still valid and that it therefore intended to maintain it in the list. Enclosed with that letter was the Council's statement of reasons. PMOI was also informed that it could submit observations to the Council on the continued inclusion of it in the list and on the reasons stated in that regard, and any supporting documents.

In the statement of reasons enclosed, the Council pointed out, inter alia, that a decision had been taken with respect to the PMOI by a competent authority (the same decision by Home Secretary) proscribing the applicant as an organisation concerned in terrorism, under the Terrorism Act 2000. After noting that that decision, which under the above-mentioned law was subject to review, was still in force, the Council held that the reasons for including the PMOI in the list still applied.

By decision of 14 December 2007, the POAC refused an application by the Home Secretary for permission to lodge an appeal before the Court of Appeal against the POAC's decision of 30 November 2007.[32] In an addendum to that decision dated 17 December 2007, the POAC gave as the reason for its refusal the fact that none of the arguments advanced by the Home Secretary had a reasonable chance of succeeding.

[31] T-256/07. ECR 2008 II-3019.

[32] In that decision, the POAC inter alia described as 'perverse' the Home Secretary's conclusion, in his decision of 1 September 2006 refusing to lift the applicant's proscription, that the applicant was, at that period, still an organisation 'concerned in terrorism' within the meaning of the Terrorism Act 2000. According to the POAC's assessment, the only belief that a reasonable decision maker could have honestly entertained, whether as at September 2006 or thereafter, was that the PMOI no longer satisfied any of the criteria necessary for the maintenance of their proscription. In other words, on the material before it, the POAC found that the PMOI was not at the time of its decision and had not been, as at September 2006, concerned in terrorism.

On 20 December 2007 the Council adopted Council Decision 2007/868. The PMOI was contained in the annex. On 28 December 2007 the Home Secretary made an application to the Court of Appeal for leave to appeal against the POAC's decision. Decision 2007/868 was notified to the PMOI. The Council took the view that the reasons for continuing to include it in the list still held good. With regard to the POAC's decision, the Council observed that the Home Secretary had sought to bring an appeal against it. The statement of reasons enclosed with the second letter of notification is identical to that accompanying the first letter of notification. The Tribunal made the following findings.

The Tribunal held that the contested decision did not meet the requirements for automatic nullity.[33]

As to the binding effect of the annulling judgment in respect of subsequent Council blacklisting decisions, it was submitted that on the one hand the annulling effects were explicitly concerned only with the contested decision, but on the other that the Council was also under an obligation to certify that subsequent decisions would not suffer from the same defects which caused the annulment of the previous. On the one hand again, though, the Council may enact an identical, fresh decision (even with retroactive effect) as compared to that annulled, if the annulment depended on a procedural defect which was corrected. The Tribunal held that maintaining the PMOI in the list but by a fresh decision did not infringe the former judgment.

Both *the statement of reasons* for an initial decision to freeze funds and the statement of reasons for subsequent decisions must refer to the legal conditions of application of Regulation 2580/2001, but also to the actual and specific reasons why the Council considered, that the person concerned must be made the subject of a measure freezing funds. Furthermore, subsequent decisions must be preceded by 'review' of the situation of the person concerned, both for the purpose of establishing whether he is still engaged in terrorist activity, and to check whether it 'remains justified'. When the grounds of a subsequent decision to freeze funds are the same as those relied on when a previous decision was adopted, a mere statement to that effect may suffice. Consequently, the Tribunal held that the fact that a fresh decision concerning PMOI was based on the same national decision and on the same evidence, did not affect the legality of the decision.

Neither Regulation 2580/2001 nor Common Position 2001/931 precludes the imposition of restrictive measures on persons or entities that have in the past committed acts of terrorism, despite the lack of evidence to show that they are at present committing or participating in such acts, if the circumstances warrant it.

---

[33] As a basic rule, the Tribunal found, acts decided by EU institutions must be considered to be valid until they are formally annulled. But measures tainted by a grave irregularity cannot be tolerated by the Community legal order but must be treated as legally non-existent. The purpose of this exception is to maintain a balance between stability of legal relations and respect for legality. The gravity of the consequences attaching to a finding that a measure of a Community institution is non-existent means that, for reasons of legal certainty, such a finding may be reserved for quite extreme situations.

This means that if a person, or group, is not suspect of having been involved in terrorist activities the preceding six months, he or it can still be kept in the list if the circumstances warrant it and it is motivated. Accordingly, the Tribunal held that the lack of evidence of terrorism activity was not sufficient to nullify a decision to keep an organization in the list.

The Council has to prove that freezing of the funds of an entity is or remains legally justified, but burden of proof has a relatively limited scope in respect of the EU procedure for freezing funds. In the case of an initial decision, the burden of proof essentially relates to the existence of precise information or material in the relevant file which indicates that a decision by a national authority has been taken with regard to the person concerned. Furthermore, in the case of a subsequent decision to freeze funds, after review, the burden of proof essentially relates to whether the freezing of funds is still justified, having regard to all the relevant circumstances of the case and to the action taken upon that decision of the competent national authority.

The Council has broad discretion as to what to take into consideration for the purpose of adopting economic and financial sanctions. That does not mean that the Tribunal should not review the interpretation made by the Council of the relevant facts. The judicature must not only establish whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent, but must also ascertain whether that evidence contains all the relevant information to be taken into account in order to assess the situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it. Nevertheless, when conducting such a review, the Tribunal must not substitute its own assessment of what is appropriate for that of the Council. In addition, where a Community institution enjoys broad discretion, the review of observance of certain procedural guarantees is of fundamental importance. Those guarantees include the obligation for the competent institution to examine all the relevant elements of the individual case and to give an adequate statement of the reasons for its decision.

As to *the obligation to state arguments*, the Tribunal nullified the Council decision taken, after the decision by POAC in the UK refusing appeal against its decision, submitting that the decision by the Home Secretary was perverse. The Tribunal submitted that the reasons communicated by the Council, as to why maintaining the blacklisting was justified, were simply that the original reasons held good. Furthermore, the Tribunal considered that the statement of reasons enclosed with the second letter of notification was strictly identical to that enclosed with the first letter of notification. With regard to the POAC's decision, the Council just noted, in the second letter of notification that the Home Secretary had sought to bring an appeal. Considering the date when Decision 2007/868 was adopted and all information relevant at that time, and taking account of the particular circumstances of the case, the Tribunal submitted that that statement of reasons was obviously insufficient to provide legal justification for continuing to freeze the applicant's funds.

The Tribunal found that that statement of reasons did not make it possible to grasp how far the Council actually took into account the POAC's decision, as it was required to do. The statement did not explain the actual specific reasons why the Council took the view, in spite of the findings of fact made by the POAC and the legal conclusions which the Council drew from those findings, that the continued inclusion of the applicant in the list at issue remained justified in the light of the same body of facts and circumstances on which the POAC had had to rule.
The Tribunal seemed particularly struck by the lack of comments on the POAC decision, since its conclusion was that the only belief that a reasonable decision-maker could have honestly entertained, as from September 2006, was that the applicant no longer met any of the criteria necessary for the maintenance of its proscription as a terrorist organisation. In those circumstances, the Council ought to have reevaluated its assessment of the existence of a decision taken by a competent national authority on the basis of 'serious and credible evidence' within the meaning of Common Position 2001/931.

The Tribunal observed that the Council strove to make good the clear inadequacy of its statement of reasons by maintaining that it was still reasonable to consider, when Decision 2007/868 was adopted, that the applicant was involved in acts of terrorism, as defined in Regulation 2580/2001, and that the freezing of its funds therefore remained justified. But the Tribunal reiterated earlier findings that the statement of reasons for a measure must in principle be notified to the person concerned at the same time as the act affecting him and that failure to state the reasons, or the obvious inadequacy of the reasons stated, cannot be remedied by the fact that the person concerned learns the reasons for the measure during the proceedings before the EU courts.[34] Furthermore, even if the Tribunal acknowledged that the Council could have regard to the existence of appeals against the POAC's decision and to the Home Secretary's actual recourse to them, it was not sufficient for the Council to state that the Home Secretary had sought to lodge an appeal in order to be relieved of the need to take into specific consideration the findings of fact made by the POAC against which no appeal lay and the legal conclusions which it drew from those findings.

The Tribunal found this point emphasized by the fact that, on the one hand, POAC, the judicial authority competent to review the lawfulness of acts of the Home Secretary, had described the refusal to lift the applicant's proscription as 'unreasonable' and 'perverse' and, on the other, when Decision 2007/868 was adopted, the Council had been informed of the POAC's refusal to grant the Home Secretary leave to introduce such an appeal and of the grounds of that refusal, namely, that, according to the POAC, none of the arguments put forward by the Home Secretary stood a reasonable chance of prospering before the Court of Appeal.

[34] See first case above.

In short, the Tribunal found that proper and sufficient reasons had not been adduced for the continued freezing of the applicant's funds under Decision 2007/868, in conjunction with the list annexed to that decision.

4.2.3 The Third PMOI Case[35]

The Mojahedin saga before the Tribunal continued shortly afterwards.[36] By Council Decision 2008/583/EC of 15 July 2008 implementing of Regulation (EC) 2580/2001 and repealing Decision 2007/868/EC, the Council nonetheless maintained, with others, the applicant's name on the list. Recital 5 in the preamble to the decision which refers to the PMOI, states:

'In the case of one group, the Council has taken account of the fact that the decision by a competent authority on the basis of which the group was included on the list has not been in force since 24 June 2008. However, new information concerning the group has been brought to the Council's attention. The Council considers that this new information warrants the group's inclusion in the list.'

The decision was notified to the applicant on 15 July 2008. The Council stated: 'the Council has again decided to include [the PMOI] on the list … The Council has taken note of the fact that the competent authority decision which served as a basis for including [the PMOI] on the list is no longer in force as of 24 June. However, the Council has been provided with new information relevant to this listing. Having considered this new information, the Council has decided that [the PMOI] should still be included on the above-mentioned list. Therefore, the Council has amended the statement of reasons accordingly.'

The new information was based on the fact that the anti-terrorist prosecutor's office at a Paris court, in April 2001 opened judicial inquiries against PMOI and targeted several members of the organization under French law. This was supplemented by the same prosecutor's office in March and November 2007 brought new charges of money laundering and fraud against alleged members of the PMOI. According to the Council this constituted that a decision had been taken by a competent national authority, in the context of Common Position 931.

The PMOI made a claim before the Tribunal to have the Council Decision 2008/583 annulled. One of the grounds was that its right to defense had been infringed. The Tribunal submitted that it is common ground that the Council

[35] T-284/08. ECR 2008 II-3487.

[36] The UK Home Secretary had tried to appeal against the POAC decision mentioned above. In its judgment, the Court of Appeal upheld the POAC's findings and moreover stated that the closed material adduced by the Home Secretary reinforced the Court of Appeal's conclusion that the Home Secretary could not reasonably have considered that the PMOI intended in future to revert to terrorism. By order of 23 June 2008, which entered into force on 24 June 2008, the Home Secretary therefore removed the PMOI's name from the list of organisations proscribed under the Terrorism Act 2000, and this was approved by both Houses of Parliament in the United Kingdom.

adopted the contested decision without first informing the applicant of the new information or new material in the file which, in its view, justified maintaining it on the disputed list. A fortiori, the Council did not enable the applicant to effectively make known its view of the matter, prior to the adoption of the contested decision.

As regards the rights of the defence, it was therefore considered clear that the contested decision was adopted in disregard of the principles stated by the Court in the first PMOI judgment.[37]

Without having to, the Tribunal went on to examine other grounds of annulment. The Tribunal found that neither the information contained in the contested decision, its statement of reasons and the letter of notification,[38] complied with the requirements in respect of *proof*. In consequence, it had not been established to the required legal standard that the contested decision was adopted in accordance with the provisions laid down in Common Position 2001/931 and Regulation 2580/2001. The Council had not provided the Court with any precise infor-

---

[37] The Tribunal rubbed it in. It found that the Council's arguments totally failed to substantiate its claim that it would have been impossible for it to adopt the decision under a procedure that would have respected the applicant's rights of the defense. Particularly, the alleged urgency was by no means established. Even assuming that the Council was not under an immediate duty to remove the applicant from the disputed list following the POAC decision of 30 November 2007, the possibility for the Council to continue to rely on the Home Secretary's decision which had served as a basis for the initial decision to freeze the applicant's funds came to an end as of 7 May 2008, when the Court of Appeal gave its judgment. Between that date and the date of adoption of the contested decision, more than two months lapsed. The Council had not explained why it was not possible for it to take steps immediately after 7 May 2008 with a view either to removing the applicant from the disputed list or to maintaining it in that list on the basis of new evidence. If the Council had received new material only in June 2008, it should have been communicated. The Tribunal observed that the Council refrained from communicating those new elements to the applicant, without alleging the existence of any material or legal obstacle to doing so, and even though, by the first PMOI judgment, the Court had annulled one of its earlier decisions, precisely on the ground that no such communication of the elements relied on had been made prior to its adoption. The Tribunal pointed out that, neither the judgment of the Court of Appeal nor the Home Secretary's order of 23 June 2008 had an automatic and immediate effect on Decision 2007/868 to freeze funds which was then in force. In accordance with the presumption of legality attaching to Community acts, that decision remained in force and continued to produce legal effects, even though its national 'substratum' had disappeared, as long as it was not withdrawn, declared void in an action for annulment or declared invalid following a reference for a preliminary ruling or a plea of illegality. Therefore, the Tribunal found it incorrect, both in law and in fact, to state that, following the entry into force of the Home Secretary's order and the communication, more or less simultaneously, of new material by the French authorities, a new decision to freeze funds had to be adopted as a matter of such urgency that it was not possible to comply with the applicant's rights of the defence. Furthermore, the Tribunal considered that the Council's omission to comply with a procedure clearly defined in the the first PMOI judgment, made with full knowledge of the facts and without any reasonable justification, may be material to any consideration of the abuse or misuse of powers or procedures alleged by PMOI. In short, the Tribunal held that the continued freezing of the applicant's funds by the contested decision was the result of a procedure during which the applicant's rights of the defence were not respected and that the decision should be annulled, in so far as it concerned the applicant.

[38] Nor even those contained in the Council's two answers to the Court order of 26 September 2008.

mation to indicate that the judicial inquiry opened by the anti-terrorist Prosecutor's office in Paris in 2001 and the supplementary charges brought in March and November 2007 constitute, in respect of the applicant, a decision meeting the definition Common Position 2001/931. Thus, the Council makes that allegation without adducing any evidence in support of its contention.

The refusal by the Council and the French authorities to communicate, even to the Tribunal, some allegedly relevant information, had had the consequence that the Tribunal found itself unable to review the lawfulness of the decision. The Tribunal considered that the production of only the information contained in the Council's answers to the Tribunal, did not enable either the applicant or the Court to verify that the contested decision was adopted in compliance with Common Position 2001/931 and Regulation No 2580/2001 and is not vitiated by a manifest error of assessment.

Conclusively, the Tribunal found that it had not been established that the decision was adopted in compliance with Common Position 2001/931 and Regulation 2580/2001 and that the very circumstances of its adoption infringe the applicant's *right to effective judicial protection*.

4.3 External Blacklisting

4.3.1 KADI I – the Court of First Instance[39]

When Kadi and Al Barakaat Int Foundation came before the European Court of Justice in 2008 they had a long and troublesome road behind them and had no real reason for optimism. On 17 October and 9 November 2001 the UN Sanctions Committee published i.e. two additions to its summary blacklist, including the parties.[40] Accordingly, Kadi's name was added to the list attached to EC Regulation 467/2001.[41] On the 27 May 2002 the Council adopted Common Position 2002/402/CFSP and the Regulation 881/02. Annex I to the regulation contained the list of persons, groups and entities affected by the freezing of funds imposed by Article 2 of that regulation. That list included the parties.

Kadi and Al Barakaat both brought actions before the Court of First Instance seeking annulment of Regulation No 467/2001, the former seeking annulment also of Regulation No 2062/2001 and the latter annulment also of Regulation 2199/2001, in so far as those measures concerned them. In support of his claims, Mr Kadi put forward three grounds of annulment alleging breaches of fundamen-

[39] T-315/01, 2005 ECR II-3649; T-306/01, 2005 ECR II-3533.

[40] The Al Barakaat Int Foundation was the last remaining name in the list out of four, domiciled in Sweden and involved in Havala bankning between Sweden and Somalia. Three persons were taken away from the UN and EU blacklists at different stages during the proceedings. Mr Kadi, domiciled in the UK, appeared in the list named as alternative aliases.

[41] This was done through Commission Regulation (EC) 2062/2001 of 19 October 2001 amending, for the third time, Regulation No 467/2001.

tal rights. The first alleged a breach of the right to be heard, the second, breach of the right to respect for property and of the principle of proportionality, and the third, breach of the right to effective judicial review. For its part, Al Barakaat based its claims on 1) that the Council was incompetent to adopt the contested regulation, 2) infringement of Article 249 EC and 3) breach of its fundamental rights.

One of the big issues in this case concerned the legality of the EC regulation(s) on blacklisting individuals, due to lack of proper legal basis in the EC Treaty. After the Lisbon Treaty it is clear that there is a legal basis for using directly effective regulations to blacklist individuals.[42]

As to whether the blacklisting *infringed the Treaty* by being individually addressed and of no general scope, the Court of First Instance held that the regulation had general application, since it prohibited anyone to make available funds or economic resources to certain persons; the fact that those persons were expressly named did not affect the general nature of the prohibition.

According to the Court the obligation of the Member States to respect the principle of the primacy of obligations undertaken by virtue of the Charter of the United Nations was not affected by the EC Treaty, for it is an obligation arising from an agreement concluded before the Treaty. Therefore, the Court concluded that resolutions adopted by the Security Council are binding on all the Member States of the Community which must therefore, in that capacity, take all measures necessary to ensure that those resolutions are put into effect and must set aside provisions of Community law that raise any impediments to their obligations under the Charter.

As to the scope of the review of legality, the Court found that the European Community is based on the rule of law, but that in the relevant area there existed structural limits on judicial review. Since the Security Council had the exclusive right to determine what constitutes a threat to international peace and security and the measures required to maintain them, the Security Council alone held the responsibility. Thus, the jurisdiction of national or Community authorities and courts does not cover the legality of such decisions and therefore the Court of First Instance declined jurisdiction to review indirectly the lawfulness of Security Council decisions.[43]

[42] See section 5 below.

[43] The Court held that: 1) jurisdiction to review would be incompatible with the undertakings of the Member States under the Charter of the United Nations, especially Articles 25, 48 and 103 thereof, and also with Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; 2) it would be contrary to provisions both of the EC Treaty, and of the Treaty on European Union, in particular Article 5 EU, in accordance with which the Community judicature is to exercise its powers on the conditions and for the purposes provided for by the provisions of the EC Treaty and the Treaty on European Union and it would be incompatible with the principle that the Community's powers and, therefore, those of the Court of First Instance, must be exercised in compliance with international law; 3) with particular regard to Article 307 EC and to Article 103 of the Charter of the United Nations, reference to infringements either of fundamental rights as protected by the Community legal order or of the principles of that legal order cannot affect the validity of a Security Council measure or its effect in the territory of the Community.

Still, the Court of First Instance found that it was empowered to check, indirectly, the lawfulness of the resolutions of the Security Council in question with regard to jus cogens, understood as a body of higher rules of public international law binding on all subjects of international law, including the bodies of the United Nations, and from which no derogation is possible. The result of the limited review undertaken by the Court was that, not surprisingly, the blacklisting effect of interfering with the parties' property did not infringe their fundamental rights, that (as a result of the exemption for humanitarian needs) the blacklisting did not make the parties subject of inhuman and degrading treatment, and that blacklisting was not an arbitrary, inappropriate or disproportionate interference with the right to private property of the persons concerned.[44]

With regard to *the right to be heard*, including the applicants' alleged right to be heard by the Community institutions before the regulation was adopted, the Court of First Instance held that the institutions had no jurisdiction to examine individual situations, since they were required to implement the resolutions. The Court found that the principle of Community law relating to the right to be heard cannot apply in such circumstances, where to hear the person concerned could not in any case lead the institution to review its position. The Court found that that the re-examination procedure conferred no right directly on the persons concerned to be heard by the Sanctions Committee, was not improper under the mandatory prescriptions of the public international order. Furthermore, the Court held that where a temporary precautionary measure restricts the availability of the applicants' property, observance of the fundamental rights of the persons concerned does not require the facts and evidence adduced against them to be communicated to them, once the Security Council considers that there are grounds concerning the international community's security that militate against.

As to *the right to effective judicial review*, the Court found that the parties had been able to bring actions for annulment before the Court of First Instance and that in dealing with that action, the Court carried out a complete, but limited, review of the lawfulness of the regulation. The Court concluded that there was no judicial remedy available to the parties, the Security Council not having thought it advisable to establish an independent international court responsible for ruling in actions brought against individual decisions taken by the Sanctions Committee, but any such lacuna in the judicial protection available to the applicant was not in itself

[44] Specifically the Court put forward the following arguments to support this finding: 1) the measures in question pursued an objective of fundamental public interest for the international community, the campaign against international terrorism, and the United Nations are entitled to undertake protective action against the activities of terrorist organisations; 2) freezing of funds is a temporary precautionary measure which, unlike confiscation, does not affect the very substance of the right of the persons concerned to property in their financial assets but only the use thereof;3) the resolutions of the Security Council at issue provide for a means of reviewing, after certain periods, the overall system of sanctions; 4) those resolutions set up a procedure enabling the persons concerned to present their case at any time to the Sanctions Committee for review, through the Member State of their nationality or that of their residence.

contrary to jus cogens. The Court held that the limitation of the applicant's right of access to a court, was inherent in that right as it is guaranteed by jus cogens and that such a limitation is justified both by the nature of the decisions that the Security Council is led to take and by the legitimate objective pursued. The parties' interest in having a court hear his case on its merits was not enough to outweigh the essential public interest in the maintenance of international peace and security in the face of a threat identified by the Security Council. The Court attributed special significance to the resolutions successively adopted by the Security Council provided a mechanism for re-examining whether it is appropriate to maintain those measures after 12 or 18 months.[45]

Consequently, the Court of First Instance on 21 September 2005 dismissed the pleas alleging breach of the right to effective judicial review and, as a result, the actions in their entirety.

4.3.2 Kadi I - ECJ[46]

The parties appealed the judgment to the European Court of Justice. As to the potential *conflict between decisions by the Security Council* implemented by the EU Council on the one hand, and the *protection of individual rights* within the EU system on the other, the ECJ quashed the findings of the Court of First Instance. The ECJ held that the EC must respect international law, including UN measures, as a starting-point, but that the Charter of the United Nations does not impose the choice of a particular model for the implementation of resolutions adopted by the Security Council since they are to be given effect in accordance with the procedure applicable in that respect in the domestic legal order of each member state. Thus the Charter of the United Nations leaves the Members of the United Nations a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. Furthermore, immunity from jurisdiction for a Community measure like the contested regulation cannot find a basis in the EC Treaty and the few derogations from the primacy of the treaties that exist, could never authorise any derogation from the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms enshrined in Article 6(1) EU as a foundation of the Union.

Therefore, judicial review should not be excluded and article 307 EC could in no circumstance permit any challenge to the principles of the foundations of the Community legal order, one of which is the protection of fundamental rights, in-

[45] Furthermore, the Court considered that, in the absence of an international court having jurisdiction to ascertain whether acts of the Security Council are lawful, the setting-up of a body such as the Sanctions Committee and the opportunity, provided for by the legislation, of applying at any time to that committee in order to have any individual case re-examined, by means of a procedure involving both the "petitioned government" and the "designating government" …, constitute another reasonable method of affording adequate protection of the applicant's fundamental rights as recognised by jus cogens.

[46] C-402/05P & C-415/05 P, 2008 ECR I-6351.

cluding the review by the Community judicature of the lawfulness of Community measures as regards their consistency with those fundamental rights; the review by the Court of the validity of any Community measure in the light of fundamental rights must be considered to be the expression, in a community based on the rule of law, of a constitutional guarantee stemming from the EC Treaty as an autonomous legal system which is not to be prejudiced by an international agreement.

In any event, the existence, within that United Nations system, of the re-examination procedure before the Sanctions Committee could not afford generalised immunity from jurisdiction within the legal order of the Community. According to ECJ, the procedure before the Committee still did not provide individuals with real opportunity of asserting their rights and depended on each of its members not using their veto. There is no requirement that the Sanctions Committee has to communicate to the applicant the reasons and evidence justifying his appearance in the summary list or to give him access, even restricted, to that information. And if the Committee rejects the request for removal from the list, it is under no obligation to give reasons.

Therefore, the EU courts must ensure the full review of the lawfulness of all Community acts in the light of the fundamental rights forming an integral part of the general principles of Community law, including review of Community measures which, like the contested regulation, are designed to give effect to the resolutions adopted by the Security Council.

As to alleged infringements of fundamental rights, the ECJ held that neither the regulation nor the common position, provided for a procedure for communicating the evidence justifying the inclusion of the names of the persons concerned in the list and for hearing those persons, either at the same time as that inclusion or later. Because the Council neither communicated to the appellants the evidence used against them nor afforded them the right to be informed of that evidence within a reasonable period after the measures were enacted, the parties were not in a position to make their point of view in that respect known to advantage. Therefore, the appellants' *rights of defence*, in particular the right to be heard, were not respected.

Given the failure to inform them of the evidence adduced against them, the parties were also unable to defend their rights with regard to that evidence in satisfactory conditions before the Community judicature, with the result that their right to an effective legal remedy had also been infringed. And that infringement had not been remedied later, in the course of proceedings. Thus, ECJ considered itself unable to undertake the review of the lawfulness of the regulation with the result that it held that the fundamental right to an effective legal remedy had not been observed. Accordingly, ECJ held that the pleas of breach of *right to defence and the principle of effective judicial protection*, were upheld.

As to whether the blacklisting constituted an infringement of *property rights*, the Court held that the regulation was adopted without offering Kadi review, in a situation in which the restriction of his property rights was significant, having regard

to the general application and continuation of the freezing measures affecting him, constituted an unjustified restriction of his right to property.

Thus, ECJ submitted that the regulation had to be annulled, but that annulment with immediate effect would be capable of seriously and irreversibly prejudicing the effectiveness of the restrictive measures imposed by the regulation and which the Community is required to implement, because in the interval preceding its replacement by a new regulation the parties could take steps seeking to prevent measures freezing funds from being applied to them again. Therefore, ECJ decided that the effects of the contested regulation, in so far as it included the names of the appellants in the list, should be maintained for a brief period, so as to allow the Council to remedy the infringements found, but also with due consideration of the considerable impact of the restrictive measures concerned on the parties' rights. ECJ set the dead line to three months as from the date of delivery of the judgment.

4.3.3 Kadi II[47]

The Court of Justice delivered its judgment 3rd of September 2008. By letter of 8 September 2008, the Permanent Representative of France to the United Nations, acting on behalf of the European Union, requested the Sanctions Committee, as a matter of urgency, to make available on its website, in accordance with paragraph 13 of Resolution 1822 (2008), the summary of reasons for the Kadi's inclusion in that committee's list. By letter of 21 October 2008, the Chairman of the Sanctions Committee communicated the summary of reasons to France's Permanent Representative to the United Nations and authorised its transmission to the applicant and/or his legal representatives. Subsequently, that summary of reasons was also published on the Sanctions Committee's website. By letter of 22 October 2008, France's Permanent Representative to the European Union transmitted that summary of reasons to the Commission, in order to enable it to comply with the judgment of the Court of Justice in Kadi I. On 22 October 2008, the Commission sent Kadi a letter informing him that, for the reasons set out in the summary of reasons provided by the Sanctions Committee and attached to that letter, it envisaged adopting a legal act with a view to maintaining his listing in Annex I to Regulation No 881/2002 in accordance with the first indent of Article 7(1) of that regulation. The Commission further informed the applicant that the purpose of its letter was to give him the opportunity to comment on the grounds included in the summary of reasons and to provide any information to the Commission that he might consider relevant before it took its final decision. The deadline set for the applicant for that purpose was 10 November 2008. The summary of reasons attached to that letter was drafted in identical terms to the summary of reasons communicated by the Sanctions Committee.

[47] T-85/09. Judgment 30 September 2010. Not yet reported.

By letter of 10 November 2008, the applicant submitted his comments in response to the Commission. Kadi requested the Commission to disclose the evidence supporting the assertions and allegations made in the summary of reasons and also the relevant documents in the Commission's file; requested a further opportunity to make representations on that evidence, once he had received it; and attempted to refute, providing evidence in support of his refutation, the allegations made in the summary of reasons, in so far as he was able to respond to general allegations.

On 28 November 2008, the Commission adopted Regulation 1190/2008 amending for the 101st time Regulation No 881/2002. The preamble contained information on the above-mentioned steps taken by the Commission in order to comply with the judgment by ECJ in the Kadi case and the assessment that it had carefully considered the comments received from Kadi and given the preventive nature of the freezing of funds and economic resources, the Commission considered that the listing of Mr Kadi was justified for reasons of his association with the Al-Qaeda network. The regulation entered into force on 3 December 2008 and applied from 30 May 2002.[48]

Mr Kadi sought to have the regulation 1190/2008 annulled by the General Court.[49] The Court, after reiterating the findings of the ECJ in the first Kadi case, made some observations as to the *temporality of targeted sanctions*. In view of the fact that then nearly 10 years had passed since the applicant's funds were originally frozen, it could be questioned that the freezing of funds is a temporary precautionary measure which does not affect the very substance of the right of the persons concerned to property in their financial assets but only the use thereof. The same, the Court went on, was true in respect of the statement of the Security Council, repeated e.g. in Resolution 1822 (2008), that the measures in question 'are preventative in nature and are not reliant upon criminal standards set out under national law'. The Court found that in the scale of a human life, 10 years in fact represent a substantial period of time and the question of the classification of the measures in question as preventative or punitive, protective or confiscatory, civil or criminal seemed to be an open one.[50]

---

[48] After this, the Commission by letter of 8 December 2008 replied inter alia that after having carefully considered the comments received from Kadi in a letter dated 10 November 2008, the Commission considered the listing justified for reasons of association with the Al-Qaeda network. The narrative summary of reasons was attached to this letter. The Commission also enclosed the text of the contested regulation, drew the applicant's attention to the possibility of challenging the regulation before the Court and informed the applicant that individuals, groups and entities concerned might submit at any time a request to the Sanctions Committee to have their names removed from the list, and provided details of the relevant contacts and the address of a website where the applicant might obtain further information. The narrative summary of reasons enclosed with the Commission's letter of 8 December 2008 was identical to the summary of reasons.

[49] Formerly known as the Court/Tribunal of First Instance.

[50] The General Court developed: "Although a discussion of this question is outside the scope of these proceedings as it is defined by the pleas set out in the application, the General Court considers

As to the infringements of *the rights of the defence and of the right to effective judicial protection*, the Court considered that the applicant's rights of defence had been 'observed' only in the most formal and superficial sense, as the Commission considered itself strictly bound by the Sanctions Committee's findings and therefore did not envisage to question them in the light of the applicant's observations; furthermore the Court found that the Commission failed to take due account of the applicant's comments and as a result he was not in a position to make his point of view known. The procedure followed by the Commission, in response to the applicant's request, did not grant him even the most minimal access to the evidence against him. In fact, the applicant was refused such access despite his express request, whilst no balance was struck between his interests and the need to protect the confidential nature of the information. The few pieces of information and the imprecise allegations in the summary of reasons appeared clearly insufficient to enable the applicant to launch an effective challenge to the allegations against him so far as his alleged participation in terrorist activities was concerned.[51]

The Court applied criteria identical to those used by the European Court of Human Rights to the facts of the case, and found it clear that the applicant was not in a position to mount an effective challenge to any of the allegations against him, given that all that was disclosed to him was the summary of reasons. And the Court found it telling that the Commission made no real effort to refute the exculpatory evidence advanced by the applicant in the few cases in which the allegations against him were sufficiently precise to permit him to know what was being raised against him. The Court found the regulation adopted in breach of the applicant's rights of defence.[52] Furthermore, given the lack of any proper access to the information and evidence used against him, Kadi had had to defend his rights in unsatisfactory conditions before the Court, resulting in a breach of his right to effective judicial review.[53] Consequently, the General Court found itself unable to undertake

that, once there is acceptance of the premise, laid down by the judgment of the Court of Justice in Kadi, that freezing measures such as those at issue in this instance enjoy no immunity from jurisdiction merely because they are intended to give effect to resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the principle of a full and rigorous judicial review of such measures is all the more justified given that such measures have a marked and long-lasting effect on the fundamental rights of the persons concerned."

[51] The Court used a particular piece of information to illustrate its point, commenting that the applicant was a shareholder in a Bosni an bank in which planning sessions against a United States facility in Saudi Arabia 'may have' taken place, was a particularly telling but in no way unique example, of the allegation, not otherwise substantiated and thus irrefutable.

[52] The Court remarked that the fact that the applicant had an opportunity to be heard by the Sanctions Committee in the re-examination procedure with a view to him being removed from its list clearly does not remedy that breach of his rights of defence.

[53] The Court held that that infringement had not been remedied in the course of the action. Indeed, given that, according to the fundamental position adopted by the Commission and supported by the Council and the intervening governments, no information or evidence of that kind could be the subject of investigation by the Community judicature, those institutions adduced no evidence to that end. Moreover the Court observed that, although the Commission had taken formal noteof the

a review of the lawfulness of the regulation, which in itself constituted that Kadi's fundamental right to effective judicial review had not been observed.

As regards the Council's argument that the additional procedural safeguards put in place by the Commission in response to the judgment of the Court of Justice in Kadi corresponded to those put in place by the Council in response to the first PMOI judgment,[54] the General Court found that the Council had disregarded the procedural differences between the two Community regimes used for the freezing of funds. The Community fund-freezing regime at issue in the cases culminating in the PMOI judgments is characterised by a two-tier procedure, one national, the other Community. Under that regime, the rights of the defence are in the first place effectively safeguarded as part of the national procedure, in which the party concerned must be placed in a position in which he can effectively make known his view on the evidence against him, subject to review by the national courts, or, as the case may be, the European Court of Human Rights. Those safeguards of the rights of the defence which exist at national level relieves the Community institutions of the obligation to provide fresh safeguards at Community level. External blacklisting is characterised by an absence of any safeguards of the rights of the defence, which could be the subject of effective judicial review at the level of the procedure before the Sanctions Committee. Therefore, the Community institutions were considered to have secure that safeguards are put in place and implemented at Community level.

Finally, after having found that the regulation constituted an unjustified and disproportionate restriction of Kadi's right to property, the Court annulled the regulation on this ground too. The General Court did not make the judgment subject to any qualifications or limitations. The decision was taken on the 30 September 2010.

5 Blacklisting Post-Lisbon

The system of blacklisting persons and organisation as subjects for the freezing of their assets, with the purpose to fight terrorist activity, seems to have entered the EU to stay. That is despite it is in many ways contrary to individual fundamental rights and to the ideal of the Rechtstaat, a common and basic feature of most civilized states and particularly so in the EU. Furthermore, it is quite clear that blacklisting has not proven effective in view of its purpose.[55] The positive aspects of blacklisting can only be described negatively: using blacklisting avail civil popula-

guidance given in the judgment of the Court of Justice in Kadi, it had produced no information concerning the evidence against the applicant.

[54] See above.

[55] See Iain Cameron's study in European Parliament Policy Dept External Studies 'Respecting Human Rights and Fundamental Freedoms and EU/UN Sanctions: State of Play". October 2008.

tion of embargoes. But this draws from a kind of testosterone logic of international law: when there is an act of terrorism, somebody has to suffer severely!

The Lisbon Treaty does not mean much as to the context of blacklisting. Small changes have been introduced. Now, under article 215 it is possible to make non-state entities targets of financial sanctions, something considered legal also before Lisbon by the judgment of the Court of Justice in the Kadi I case. Furthermore, under article 215 there must be safeguards for individuals, the Charter of Human rights and fundamental freedoms is now binding and there is an explicit right for individuals to appeal against Common Positions. As is clear from above, this is a codification of a position taken by the Court of Justice pre-Lisbon.

Even if the Lisbon Treaty has no heavy impact on the future of EU blacklisting, a very interesting development can be said to have taken place as to the view of the EU judiciary on some crucial questions. This is particularly so in light of the recent judgment by the General Court in the second Kadi case, referred above. Now, it appears like the rule of law and the ideal of legal certainty and the Rechtstaat is at least somewhat reestablished within the EU in the area of targeted sanctions. In comparison to the systems as originally construed, the following changes are clear.

In respect of external blacklisting, the judiciary of the EU exercises full judicial review of all EU acts regarding the freezing of assets of individuals. As to internal blacklisting it seems like the review is more limited, but that limitation is qualified by the existence of a reviewable decision by a domestic authority based on all the facts constituting the ground to put the individual or organization in the list.

It is now clear that, in respect of external blacklisting, the introduction at the Security Council of an opening for application to be taken off the list and the new procedure in the Commission do not suffice to meet the requirements of the right to defence under EU law. An individual must have recourse to an effective right of defence, meaning a right to be informed of the reasons and underlying facts as well as a right to put forward counterarguments and have them genuinely scrutinized. The EU judiciary will not accept formalistic, but ineffective, fulfillment of the requirements.

As to internal blacklisting, the requirements are quite harsh in respect of the Council's decision to put and to keep put an individual or organization in the list. That goes for the Council's assessment of the motivation and content of the domestic decision, as well as for the Council's considerations as why to maintain a name in the list. Also, internal blacklisting decisions are subject to requirements of prompt information to the listed, an opportunity to respond and an effective and genuine evaluation of the response.

Probably the most important development, is the quashing of the ace of spades-argument. When the Court of Justice held that the Community is an autonomous legal order based on respect for human rights and that that cannot be compromised by agreements under international law, it chose to confess to the constitutional law logic of the Rechtstaat and not the logic of international law; the for-

mer a logic of balance and reason, the latter a logic of power and no questions asked. The former is a logic for peace, the latter a logic for war.

6 Concluding Remarks

When first acquainted with the area of blacklisting in 2001, due to my involvement in the Al-Barakat case, I was struck by how contrary it was to the ideals and basic values of the European Union. I was concinced that, when the cases pending at the time reached the EU judiciary, things had to be put right. At the time when the first Kadi case was decided by the Court of First Instance in 2005, it was a big dissapointment to see that the judicial review of blacklisting would be limited to that of jus cogens – particularly so after having spent a week assisting the Bulgarian ministry of Justice in bringing their Code of civil procedure on terms with EU requirements on fundamental rights. In a public presentation I proposed that the Kadi judgment possessed all the charcteristics of a low blow: cowardice, uglyness and danger. After that my involvement in the field faded out.

At present I am into a joint project on an analysis of the principles in EU law of mutual recognition and mutual trust. The basic thesis of that project is that within states and national legal orders the law presupposes *trust* in state, state organs, courts and the legal system and legal machinery; from a state perspective, foreign individuals, legal norms, states and judgments are to be treated with *distrust*. That is, generally considered. The creation of the EU principle of mutual trust can be seen as an attempt to dismantle the barrier between the state and the interstate, with the effect of questioning the seldom formulated chauvinistic basis of our understanding of law.

It seems like using the concept of trust is natural when analysing the law on free movements of judgments within the EU as well as the approximation of civil procedure within the EU. Furthermore, the concept is imperative when discussing the approximation of criminal law within the EU.

In the field of targeted sanctions, as it originally was drawn up, there is a complete lack of trust: the naming and branding of individuals and organisation as targets leaves room for no subsequent review or assessments or counter-arguments. The lack of trust is not equal to distrust in this field, but rather to fear; thus the suggestion in the title of this article that targeted sanctions be understood as institutionalised fear. But it is only true on the one hand, that the system of blacklisting is based on fear, or lack of trust. On the other, blacklisting brings with it an unqualified claim for obedience, or trust if you like, addressed to organs responsible for enforcing the blacklists. In a way, the system of blacklisting is an expression of a totalitarian order: there is a lack of trust top-down, but a crave for trust down-up.

The importance of the decisions by the ECJ and the General Court in the Kadi cases cannot be overestimated. They are not only correct and fair applications of

the EU law as it stands. Furthermore, they show that a choice has been made, that the EU continues to aspire to be a legal order and that it did not give in to the temptation to follow commands without reason. Under those circumstances, the disgrace of allowing and enforcing a system of blacklisting can be overcome; under the requirements set up by the EU judiciary the system is bound to be ineffective and inconvenient to intended use, at least in the EU. Thus, the judgments show that there are reason to trust the EU; even if it takes a decade there is a fair chance that the law works and that the nice word in the EU Charta have a real meaning.

Literature

Andersson, T/Cameron I/Nordback K, "EU Blacklisting: The Renaissance of Imperial Power, but on a Global Scale" European Business Law Review 2003 p 111.

Cameron, I. "Blacklisting and Financial Sanctions against Suspected Terrorists", in Leigh, I., Born H. and Wills, A. International Intelligence Cooperation and Accountability, 2010.

Cameron, I. "Respecting Human Rights and Fundamental Freedoms and EU/UN Sanctions: State of Play". Study in European Parliament Policy Dept External Studies October 2008.

Cramér, P. Sweden, in V. Gowland-Debas, UN Sanctions and International Law, the Hague, 2002.

Fitzgerald, P. "If Property Rights Were Treated Like Human Rights, They Could Never Get Away with This": Blacklisting and due process in U.S. economic sanctions programs, 51 Hastings Law Journal, 1999.

Österdahl, I. "Threat to the Peace." Uppsala 1998.

Das Lissabon-Urteil des BVerfG – Die Verfassungsbeschwerde als geschärftes Instrument der Verteidigung?

Frank Schorkopf, Göttingen

I.

Das Strafrecht prägt die Praxis der Verfassungsbeschwerde. Eine große Zahl an Verfahren gehören in den thematischen Bereich »Strafrecht«: Haftsachen, bei denen eine überlange Verfahrensdauer gerügt wird; Verurteilungen, die auf der Grundlage überkommener oder neuer Tatbestände ergangen sind; Vollstreckungssachen, in denen Einzelheiten des JVA-Alltags bemängelt werden und die zahllosen Klageerzwingungsverfahren, mit denen Bürgern meistens nach Gehör und Zuspruch für Leid und Kränkungen suchen.

Karlsruhe widmet dem Straf- und Strafverfahrensrecht außerdem dadurch besondere Aufmerksamkeit, dass die Zuständigkeit für diese Sachbereiche einem Dezernat im Zweiten Senat zugewiesen ist – eine »Ehre«, die nicht jedes Rechtsgebiet, vor allem nicht das Zivilrecht, für sich beanspruchen kann.

Heute geht es um die enger begrenzte Frage, welche Bedeutung die Verfassungsbeschwerde gegen Akte der öffentlichen Gewalt in strafrechtlichen Zusammenhängen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat. Es ist jedoch mit Blick auf die erwähnte Geschäftsverteilung kein Zufall, dass der Zweite Senat in seinem nun gerade ein Jahr alten Urteil so elementare Aussagen zum

Strafrecht machte – die Veranstalter haben einen der wichtigsten Sätze zum Leitmotiv dieses Kolloquiums gemacht.[1]

Eine Antwort auf die Frage wird im Folgenden in drei Schritten versucht: Zunächst werden die im Zusammenhang mit dem Kolloquium interessierenden Aussagen des Urteils in den Blick genommen (II.). Im Mittelpunkt eines zweiten Schritts stehen die prozessualen Folgen für eine Verfassungsbeschwerde im europastrafrechtlichen Zusammenhang (III.) Der Beitrag schließt mit dem Versuch einer Prognose über die weitere Entwicklung (IV.).

II.

Das Strafrecht im weiteren Sinn hat im Lissabon-Urteil einen hervorgehobenen Platz. Die entsprechenden Regelungen des Vertrages von Lissabon werden ausführlich dargestellt und gewürdigt:

Das Gericht nennt Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV, wobei es nicht vergisst, auf die vom EuGH bereits geschaffene Annexkompetenz hinzuweisen (Rdnr. 351). Hingewiesen wird auch auf die Kompetenz für strafprozessualen Mindestvorschriften (Art. 82 II AEUV) und die Harmonisierungsmöglichkeit im Bereich der Kriminalprävention. Auch Eurojust und die Europäische Staatsanwaltschaft werden erwähnt (Art. 85, 85 AEUV). Doch nach der Vertragsexegese hebt das Gericht im Maßstabsteil an und greift weit aus. Es spricht die Aufgabe des Strafrechts für ein geordnetes menschliches Zusammenleben an. Es denkt dabei von der Rechtsordnung. Diese Ausführungen, die Sie im Zweifel besser verinnerlicht haben, sind in Verbindung mit einem der Kerngedanken des Urteils zu sehen.

Für den Zweiten Senat ist das Strafrecht Ausdruck einer demokratisch legitimierten Entscheidung im politischen Primärraum, in deren Folge intensiv in die individuelle Freiheit des Bürgers eingegriffen wird. Dieser Eingriff muss verantwortet werden und er kann nur verantwortet werden, wenn er entsprechend *unmittelbar* gerechtfertigt wird.[2]

Um diese Aussage richtig einordnen zu können, ist hinzuzufügen, dass das Gericht die Legitimationskraft des Willensbildungs- und Entscheidungsmechanismus der EU als begrenzt einstuft. Im Grunde kann die EU diese Anforderung nicht erfüllen. Es sei denn, es kommen zusätzliche Umstände hinzu, die ein europäisches – oder auch ein internationales Handeln – ausnahmsweise rechtfertigen. Aus diesem Zusammenhang folgert das Gericht sodann, dass die unionalen Kompetenzen im Strafrecht »keinesfalls extensiv« ausgelegt werden dürften.

---

[1] BVerfGE 123, 267 (410) Rdnr. 358 – Lissabon: „ Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektuierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum."

[2] BVerfGE 123, 267 (408) Rdnr. 356: „Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt."

Der Subsumtionsteil überrascht dann mit einigen klaren Aussagen: Die Annexkompetenz sei an sich mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung unvereinbar und nur dann gerechtfertigt, wenn »*nachweisbar feststeht*«, das es gravierende Vollzugsdefizite tatsächliche gebe (Rdnr. 361).

Der Senat stellt dadurch übrigens beiläufig fest, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Annexkompetenz jenseits der Möglichkeiten methodisch vertretbarer Anwendung und Auslegung des Rechts lag. Ebenfalls streng sind die Aussagen zur Strafrechtsharmonisierung bei schweren Straftaten (Art. 83 AEUV). Die Empirie dieser Straftaten müsse tatsächlich grenzüberschreitenden Charakter haben – der Senat will hiermit eine Übertragung der *Dassonville*-Formel ausschließen, nach der bereits potentiell mittelbares Verhalten für ein Unionshandeln ausreicht.[3]

Es wird außerdem noch einmal auf die Grundlagen des Strafrechts Bezug genommen: Die demokratische Selbstbestimmung sei in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert werde, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden. Das gelte umso mehr, je enger diese Wertvorstellungen mit historischen Erfahrungen, Glaubenstraditionen und anderen für das Selbstgefühl der Menschen und ihrer Gemeinschaft wesentlichen Faktoren verknüpft seien (Rdnr. 363). Das Urteil zieht eine sichtbare Grenze für eine ambitionierte, europaidentitäre Strafrechtsgesetzgebung.

Eine absolute Grenze der Harmonisierung oder autonomen europäischen Strafrechtssetzung ist das Schuldprinzip. Dieses, mit der Würde des Menschen verzahnte Axiom, ist weder verhandelbar noch supranationalisierbar.[4]

III.

Nehmen wir das Urteil als Ganzes in den Blick, dass scheint das Strafrecht für das Bundesverfassungsgerichts die *Zitadelle des Verfassungsstaates* zu sein.

Das Lissabon-Urteil zählt das Strafrecht zum Identitätskern des Grundgesetzes. Dieser Identitätskern ist sowohl vor Kompetenzübertragungen auf die EU als auch vor Hoheitsakten der EU geschützt. Nationale Zustimmungsgesetze und europäische Rechtsakte, die diese Schwelle überschreiten, verstoßen gegen Art. 23 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG.

An diesem Punkt wird es für den Strafrechtspraktiker interessant. Denn immer wenn in einem Strafverfahren europäische Regelungen eine Rolle spielen, die diesen Bereich berühren, könnten die vom Bundesverfassungsgericht gezogenen

---

[3] EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville; der Gerichtshof formulierte »jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern«, sei als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.

[4] BVerfGE 123, 267 (413) Rdnr. 364: „Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann."

Grenzen überschritten sein.

Doch wie gestaltet sich dieser materiell-rechtliche Gedankengang aus dem Blickwinkel des Verfassungsprozessrechts? Das Lissabon-Urteil ist sparsam in seinen Aussagen, *wie* die ultra vires- und die Identitätskontrolle mit dem Verfassungsbeschwerde-Verfahren verzahnt sind. Die bisherigen Leitentscheidungen – Solange II und der Bananenmarktbeschluss – sind nicht aufgehoben. Sie sind aber mit ihrer Scharfkantigkeit gegenüber europabezogenen Verfassungsbeschwerden gleichwohl in Frage gestellt. Es ist fraglich geworden, ob ein Beschwerdeführer weiterhin auf höchstem, akademischem Niveau eine Kompetenzüberschreitung der Union substantiieren muss und dann hoffen muss, damit die angeordnete *prima facie* Unzulässigkeit eines solchen Vorhabens umzukehren.

Das Lissabon-Urteil gibt zwei Hinweise: Zum einen müsse es innerhalb der deutschen Jurisdiktion möglich sein, die Integrationsverantwortung – ein neuer staatsorganisationsrechtlicher Begriff – im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die EU und zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können.

Zum anderen folgt die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit – ebenfalls ein neuer Begriff (Rdnr. 240). Das sind hier und heute, zumal aus Perspektive des Praktikers, unbefriedigende Aussagen. Wann lohnt sich nun die Verfassungsbeschwerde als Instrument der Verteidigung? Hat sie überhaupt eine Aussicht auf Erfolg?

Beim Zweite Senat ist seit längerem die Verfassungsbeschwerde Honeywell/Mangold anhängig. Sie lässt hoffen das der Zweite Senat die prozessualen Maßstäbe für Verfassungsbeschwerden im europarechtlichen Kontext konkretisiert. In welche Richtung könnte sich das Verfassungsprozessrecht entwickeln?[5]

Der Senat könnte die Anforderung an den Vortrag einer zulässigen Verfassungsbeschwerde wieder normalisieren. Sinnvoll wäre es, die Beschwerdebefugnis bereits dann als gegeben anzusehen, wenn ein Beschwerdeführer ausführlich, d.h. unter Bezugnahme auf Literatur und Rechtsprechung darlegt, warum eine EuGH-Entscheidung die methodischen Grenzen überschreitet.

Zweitens ist zu erwarten, dass der Begriff »ersichtliche Grenzüberschreitung« auf die nächste Abstraktionsstufe gehoben wird. Es könnte sich dabei um einen Begriff handeln, der vor allem qualitative Elemente enthält, d.h. auf die Offensichtlichkeit und die Schwere eines Kompetenzverstoßes, *auf einen qualifizierten Verstoß abstellt*. Das Gericht wird sich, wie auch der EuGH es zu tun pflegt, nicht exakt festlegen wollen.

Drittens steht zu erwarten, dass die Europarechtsfreundlichkeit stärker als dogmatische Figur genutzt wird. Denkbar wäre hier, die Feststellung eines ultra

---

[5] Der Beschluss des Zweiten Senats vom 6. Juli 2010 – 2 BvR 2261/06 – in dieser Sache ist am 27. August 2010 veröffentlicht worden.

vires- oder Identitätsverstoßes erst anzunehmen, wenn der EuGH zuvor befasst wurde. Mit anderen Worten, mit dem Begriff könnte eine Selbstbindung bei der verfassungsgerichtlichen Vorlage einhergehen.

IV.

Aus dem Blickwinkel des Strafrechts positiv ist, dass europabezogene Verfassungsbeschwerden aus diesem Themenbereich zweifelsohne eine erhebliche Aufmerksamkeit in Karlsruhe erhalten werden. Das Lissabon-Urteil lässt keinen Zweifel daran, dass Strafrecht ein primärer Handlungsbereich des Verfassungsstaates ist. Wenn es also zu einem ultra vires-Akt oder einer Identitätsverletzung käme, dann ist es wahrscheinlich, dass Karlsruhe nicht noch zusätzliche dämpfende Elemente heranziehen würde.

Vermutlich ist die Wahrscheinlichkeit für die Selbstbehauptung der deutschen Verfassungsrechtsordnung im Strafrecht am größten. Denken Sie an das Verfahren zum Europäischen Haftbefehl und die Zuständigkeit für das Auslieferungsrecht, in dem Karlsruhe in den letzten zehn Jahren – aus Sicht der Verteidiger und deren Mandaten – eine gute Adresse war.[6] Karlsruhe hat sich sehr kritisch gegenüber dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gezeigt, der nach dem Stockholmer Programm im Mittelpunkt der nächsten Jahre im Bereich Strafrecht stehen soll.[7]

Mit Blick auf die nächsten fünf Jahre sollten wir allerdings eine andere Entwicklung im Auge behalten: Die EU strebt mit großer Eile den Betritt zur EMRK an. Damit wird auch der Rechtsprechungsprimat des EGMR anerkannt.[8] Die Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK könnte für einen Verteidiger dann vielleicht das erfolgversprechendere Instrument sein, um einen europabezogenen Hoheitsakt anzugreifen. Die statistischen Erfolgsaussichten bewegen sich insgesamt – so oder so – auf niedrigem Niveau.

---

[6] BVerfGE 113, 273 ff., zum Verfahren nebst Protokoll der mündlichen Verhandlung Schorkopf (Hrsg.), Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006.

[7] Kommission, Mitteilung Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger, KOM (2009) 262 endgültig v. 10. 6. 2009; die Kommission hat einen 74-seitigen Aktionsplan zur Umsetzung vorgelegt, KOM (2010) 171 v. 20. 4. 2010.

[8] *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 2 Rdnr. 35 ff.

Das Anerkennungsprinzip auf dem Prüfstein der Beweisrechtshilfe*

Peter Rackow, Münster

1 Einleitung

Die Voraussetzungen der herkömmlichen Rechtshilfe in Strafsachen sind nachhaltig durch ihren völkerrechtlichen Bezugsrahmen bestimmt, innerhalb dessen der ersuchende und der ersuchte Staat sich auf Augenhöhe begegnen: Letzterer hat ein grundsätzlich unbeschränktes Ermessen hinsichtlich der Umsetzung eines eingehenden Ersuchens[1]. Die völkerrechtlich geprägten allgemeinen Rechtshilfevoraussetzungen der beiderseitigen Strafbarkeit und insbesondere der Gegenseitigkeit müssen (grundsätzlich) gegeben sein[2], und auch am Verfahren mit seiner charakteristischen exekutivischen Bewilligungsentscheidung[3] wird deutlich, dass Rechtshilfe in Strafsachen fallweise unter souveränen Partnern geleistet wird und keine Selbstverständlichkeit darstellt. Freilich stehen die materiellen Rechtshilfevoraussetzun-

---

* Verf. dankt seinem Mitarbeiter, Herrn Rechtsanwalt Cornelius Birr (Osnabrück/Frankfurt a. M.) für umfassende Recherchen.

[1] Vgl. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2010), § 10 Rn. 24: „Das herkömmliche Rechtshilferecht basiert auf der Souveränität der einzelnen Staaten"; *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2006), Einleitung, Rn. 85; *Spencer*, ZIS 2010, 602 (602), dem (herkömmliche) Rechtshilfeersuchen als „a polite request [erscheinen]: 'State B, please would you take this step for us? – if you can and when you can'".

[2] Vgl. etwa *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, (o. Fn. 1), § 3 IRG Rn. 2 u. § 5 IRG Rn. 2; *Van der Wilt*, in: Blekxtoon/Ballegooij (Hrsg.), Handbook on the European Arrest Warrant (2005), S. 71.

[3] Hierzu etwa *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. (2011), § 12 Rn. 15 m.w.N.

gen ebenso wie das diesbezügliche Verfahren Modifikationen durch bi- und multilaterale Übereinkommen offen, welche dann auf mehr oder minder weitreichende Einschränkungen der herkömmlich gegebenen Spielräume hinauslaufen[4]. Über die Jahre und Jahrzehnte ist so ein komplexes Netz von Rechtshilfeübereinkommen entstanden, um das sich in Europa zunächst der Europarat[5] und später die Europäische Union[6] verdient gemacht haben. Innerhalb der EU vollzieht sich gegenwärtig eine Entwicklung, die (verglichen mit dem schrittweisen Abbau herkömmlicher Hemmnisse und Schranken durch Rechtshilfeübereinkommen) Potenzial für einen grundlegenderen Wandel zu bieten scheint und dabei dem wachsenden Integrationsstand der Union korrespondiert, diesen reflektiert[7]: Die EU strukturiert die Rechtshilfe in Strafsachen auf der Basis des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung neu.

2 Vereinfachung der (Beweis-)Rechtshilfe in Strafsachen durch Rechtsinstrumente auf Grundlage der gegenseitigen Anerkennung?

Nachdem das Anerkennungsprinzip erstmals durch den Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl[8] eine konkrete Ausformung im Bereich des Auslieferungsrechts erfahren hat, ist die Europäische Union nunmehr dabei, ihm die Beweisrechtshilfe zu erschließen. Einen noch vergleichsweise vorsichtigen ersten Schritt stellt diesbezüglich der Rahmenbeschluss 2003/577/JI über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der EU dar[9], insoweit er auf vorläufige Maßnahmen zum Zweck des „Einfrierens" von Beweismitteln beschränkt ist[10]. Auch die Reichweite des durch den Rahmenbeschluss 2008/978/JI über die Europäische Beweisanordnung[11] vorgesehenen Instruments ist insoweit begrenzt, als dieses

[4] Vgl. exemplarisch Art. 4 EU-RhÜbk, der den Spielraum des ersuchten Staats im Hinblick auf Form und Verfahren einschränkt bzw. durch die Verpflichtung ersetzt, die Vorgaben des ersuchenden Staates einzuhalten (vgl. hierzu etwa *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, (o. Fn. 1), § 4 EU-RhÜbk Rn. 2.

[5] Vgl. insbes. das Europäische Auslieferungsübereinkommen (EuAlÜbk) v. 13. Dezember 1957 (ETS no. 024) und das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (EuRhÜbk) v. 20. April 1959 (ETS no. 030).

[6] Vgl. hier insbes. das Übereinkommen vom 27. September 1996 über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-AuslÜbk) (ABl. C 313 v. 23. Oktober 1996, S. 12) und das Übereinkommen v. 29. Mai 2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk) (ABl. C 197 v. 12. Juli 2000, S. 1), die in ihrem Anwendungsbereich gem. Art. 1 Abs. 1 EU-AuslÜbk bzw. Art. 1 Abs. 1 a) EU-RhÜbk das jeweilige. Mutterübereinkommen des Europarats ergänzen. Dazu etwa *Ambos*, (o. Fn. 3), § 12 Rn. 16 u. 23 m.w.N.

[7] Vgl. *Rackow/Birr*, GoJIL 2 (2010) 3, 1087 (1096).

[8] ABl. EU L 190 v. 8. Juli 2002, S. 1.

[9] ABl. EU L 196 v. 2. August. 2003, S. 45.

[10] Vgl. hier nur *Satzger*, (o. Fn. 1), § 10 Rn. 35.

[11] ABl. EU L 350 v. 30. Dezember 2008, S. 72.

lediglich der „Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten aus einem anderen Mitgliedstaat“[12] dienen soll, „die bereits vorhanden und unmittelbar verfügbar sind“[13]. Demgemäß sieht der Rahmenbeschluss vor, dass „für die Zwecke der Vollstreckung der Europäischen Beweisanordnung“ u. a. „Durchsuchung[en] und Beschlagnahme[n]“ zur Verfügung stehen[14], soweit sich die Anordnung auf eine im Rahmenbeschluss aufgeführte Listenkategorie[15] bezieht. Die Beweisanordnung soll dagegen bspw. nicht erlassen werden können, um die „Durchführung von Vernehmungen, …, [die] Durchführung körperlicher Untersuchungen, … [oder die] Erlangung von Informationen in Echtzeit, etwa durch Überwachung des Telekommunikationsverkehrs, verdeckte Überwachungsmaßnahmen oder Überwachung von Kontobewegungen“ zu veranlassen[16]. Des Weiteren scheiden „Untersuchungen von bestehenden Sachen, Schriftstücken oder Daten“ aus, worin sich ebenfalls zeigt, dass die Beweisanordnung (lediglich) für Sachen etc. gelten soll, die als solche im vollstreckenden Staat bereitstehen. Die eine Beweisanordnung ausstellende Behörde wird insoweit auf eine gewissermaßen akzessorische Rolle festgelegt, so dass der Rahmenbeschluss unter rein praktischem Blickwinkel (wohl) noch nicht den Durchbruch in eine Zukunft massiv erweiterter bzw. vereinfachter Möglichkeiten der transnationalen Beweiserhebung auf Basis des Anerkennungsprinzips darstellt: Da in vielen Fällen ohnehin auf die herkömmlichen Instrumente zurückgegriffen werden müsste, dürfte es vielfach aus Gründen der Praktikabilität naheliegen, verschiedene Maßnahmen, die eben nur teilweise per Beweisanordnung verlangt werden könnten, in einem einheitlichen Ersuchen zu bündeln und dieses auf den traditionellen Rechtshilfeweg zu bringen[17]. Wie dem auch sei, war der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung aus Sicht der Kommission erklärtermaßen von Anfang an nur der „erste Schritt auf dem Weg zu einer einzigen Regelung auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung […], die zu gegebener Zeit alle bestehenden Rechtshilferegelungen ersetzen würde“[18].

Das Anliegen, (auch) die Beweisrechtshilfe auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung umfassend neu zu gestalten, hat mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon einen neuen Impuls erhalten, indem das Anerken-

---

[12] Art. 1 Abs. Rb EBA (o. Fn. 11).

[13] KOM(2003) 688 endg., S. 11; vgl. auch Erwägungsgrund 7 des Rb EBA (o. Fn. 11). Hierzu *Burchard*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (2011), S. 275 (279 Fn. 14), der Fragen der „Transferierung bereits erhobener Beweise“ anhand des Verfügbarkeitsprinzips diskutieren will.

[14] Art. 11 Abs. 3 Rb EBA (o. Fn. 11).

[15] Art. 14 Abs. 2 Rb EBA (o. Fn. 11) spricht insow. von Straftaten, doch handelt es sich bei u. a. „Cyberkriminalität“, „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“ oder „Sabotage“ schwerlich um (bestimmte) Deliktsbeschreibungen im herkömmlichen Sinne. Die hiermit verbundenen (und letztlich ungelöst im Raum stehenden) Probleme sind hinlänglich bekannt. Vgl. insow. *Ambos*, (o. Fn. 3), § 12 Rn. 41 m.w.N. sowie speziell zum Rb EBA (o. Fn. 11) *Kretschmer*, in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, (2007), Art. III-270 Rn. 28.

[16] Art. 4 Abs. 2 Rb EBA (o. Fn. 11).

[17] Vgl. *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (581).

[18] KOM(2003) 688 endg., S. 11.

nungsprinzip (nunmehr) ausdrücklich im Primärrecht verankert ist: Nach Art. 82 Abs. 1 AEUV „[beruht] [d]ie justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union … auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen“. Die Bedeutung des Anerkennungsprinzips wird dabei noch dadurch gesteigert, dass es der (bekanntermaßen langwierigen und mühseligen) Harmonisierung mitgliedsstaatlichen Straf(prozess)rechts vorgeht[19]: Diese nämlich soll gem. Art. 82 Abs. 2 AEUV lediglich als ein Mittel „zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung“ in Betracht kommen. Von selbst versteht sich ein solches Verhältnis zwischen gegenseitiger Anerkennung und Harmonisierung nicht, zumal ein hinreichender Grad an Übereinstimmung des je einschlägigen materiellen und prozessualen Rechts des anordnenden und vollstreckenden Staates eher als unabdingbare Geschäftsgrundlage gegenseitiger Anerkennung erscheint, denn als deren bloße Erleichterung, als ein Hilfsmittel diese geschmeidiger ablaufen zu lassen[20]. Nicht zuletzt auch vor diesem primärrechtlichen Hintergrund ist es erörterungswürdig, ob und inwieweit das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf dem Feld der Beweisrechtshilfe sachgerecht eingesetzt werden kann. Dass dieser Bereich durchaus seine Eigenheiten aufweist, zeigt insbesondere der Vergleich mit dem Auslieferungsrecht: Ein (Europäischer) Haftbefehl stellt sich als ein vergleichsweise (ab)geschlossen-statisches Produkt eines (nationalen) Ermittlungsverfahrens dar, dessen Bedeutung vergleichsweise klar auf der Hand liegt: Es fußt auf einer mitgliedsstaatlichen Entscheidung mit dem Inhalt, dass jemandem die Freiheit entzogen werden soll, um sicherzustellen, dass ein Strafverfahren gegen ihn durchgeführt (bzw. eine Strafe vollstreckt) werden kann. Dafür, ob der Angeklagte (in der erstgenannten Fallgruppe) schlussendlich freigesprochen oder verurteilt wird, ist ein Haftbefehl aber nicht entscheidend, seine Vollstreckung gewährleistet lediglich das Stattfinden der Hauptverhandlung; und insoweit lässt sich ein Haftbefehl vom weiteren Verfahrensverlauf und -ausgang trennen. Im Gegensatz dazu lassen sich Ermittlungs- und Beweisgewinnungsmaßnahmen in ihrer Bedeutung von vornherein nicht erfassen, ohne die im weiteren Verfahren gegebenen Möglichkeiten der Verwendung erlangter Informationen bzw. Beweismittel mit einzubeziehen. Sie erscheinen daher weniger als auskoppelbare und gleichsam für sich stehende (Zwischen-)Produkte eines nationalen Strafverfahrens, sondern eher als Ausdruck eines komplizierten weiterlaufenden Prozesses, dessen Fort- und Ausgang gerade sie maßgeblich mitbestimmen. Je weniger sich Ermittlungs- bzw. Be-

---

[19] *Heger*, ZIS 2009, 406 (410); vgl. auch *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2010), Art. 82 AEUV Rn. 4 u. 10.

[20] Vgl. etwa *Leutheusser-Schnarrenberger*, StraFo 2007, 267 (269); deutlich *Esser*, StRR 2010, 133 (137): „Zur effizienten Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung bedarf es einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur […]“; vgl. auch *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (289 f.) mit dem Hinweis, dass die Widerstände, dem „Ideal der gegenseitigen Anerkennung entsprechend“, tatsächlich ohne jede weitere Prüfung zu vollstrecken, (zwangsläufig) desto hartnäckiger ausfallen, „je weniger ein Rechtsgebiet harmonisiert ist, je weniger also die funktionale Äquivalenz der im Inland zu vollstreckenden ausländischen justiziellen Entscheidungen rechtlich verbürgt ist“. Abwägend jüngst *Harms/Knaus*, in: FS Roxin Bd. 2 (2011), S. 1479 (1486 f.) insbes. auch Fn. 43.

weisgewinnungsmaßnahmen nun aber als (zumindest hinlänglich) in sich abgeschlossene und damit austauschbare, verkehrsfähige Produkte eines mitgliedsstaatlichen Strafverfahrens erweisen, desto zweifelhafter wird (zumindest für den Bereich der Beweisrechtshilfe) die Parallele zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen und dem gemeinsamen Markt mit seinen Produkten[21]; und es erneuert sich nur umso drängender die Frage, was einer Verpflichtung des Vollstreckungsstaates, bspw. eine Europäische Beweisanordnung auszuführen[22], eigentlich die sachliche Grundlage geben könnte. Nahe liegt insoweit (natürlich) der Hinweis auf ein immenses wechselseitiges Vertrauen[23], welches dem Anerkennungsprinzip eine immense normative Kraft verleihe. Indes fragt sich angesichts der kaum aufzulösenden Verschränkung der Phasen der Beweisgewinnung und späteren -verwertung, ob als Bezugsobjekt wechselseitigen Vertrauens nicht allein die Qualität der deutschen, französischen, dänischen oder rumänischen Strafrechtspflege in Betracht kommt, welche sich nun aber entsprechend dem je national austarierten Zusammenspiel von (mehr oder weniger weitreichenden) Ermittlungsmöglichkeiten und eben auf diese bezogenen (mehr oder weniger strengen) Beweisverwertungsregelungen vollzieht. Die (konsequente) Anwendung des Anerkennungsprinzips im Bereich der Beweisrechtshilfe droht – worauf kürzlich der niedersächsische Justizminister Busemann hingewiesen hat[24] – das national je für sich gewachsene Zusammenspiel von Beweisgewinnung und -verwertung (in transnationalen Fällen) auszuhebeln, wodurch vorhandenes wechselseitiges Vertrauen in die Qualität der deutschen, französischen, dänischen oder rumänischen Strafrechtspflege letztlich verspielt würde. Dass die Schwierigkeiten mit dem Aus-

---

[21] Vgl. insbes. *Böse*, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, (2003), S. 233 (234 ff.).

[22] Vgl. Art. 1 Abs. 2 („Die Mitgliedstaaten vollstrecken jede Europäische Beweisanordnung nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und gemäß den Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses") sowie insbes. 11 Abs. 1 („Die Vollstreckungsbehörde erkennt eine nach Artikel 8 übermittelte Europäische Beweisanordnung ohne jede weitere Formalität an und trifft unverzüglich alle erforderlichen Maßnahmen zu deren Vollstreckung") Rb EBA (o. Fn. 11); vgl. hier auch schon Art. 1 Abs. 2, 8 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags über eine Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen Ratsdok. 9145/10 v. 29. April 2010 u. 11735/11 v. 17. Juni 2011 (überinstitutionelles Dossier 2010/0817[COD]).

[23] Die Evokation eines enormen allseitigen Vertrauens ist verbreitet: Vgl. etwa den Vorschlag eines Rb EBA KOM(2003) 688 endg., S. 35: „Dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung liegt ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten zugrunde"; im Hinblick auf den Rl-Vorschlag EEA liest man in dem Ratsdok. 15531/10 v. 29. Oktober 2010 (überinstitutionelles Dossier 2010/0817[COD]), S. 6, dass die Mitgliedsstaaten mehrheitlich der Ansicht seien, dass mit einem Versagungsgrund, der auf die Verhältnismäßigkeit abstellt, die auf gegenseitiger Anerkennung und gegenseitigem Vertrauen beruhende EU-Zusammenarbeit ausgehöhlt würde"; in seiner Entscheidung zum EuHb hat der EuGH argumentiert, dass gerade im Hinblick auf „Vertrauen und Solidarität zwischen den Mitgliedsstaaten" man „davon ausgehen [könne], dass die betroffenen Arten von Straftaten … zu den Straftaten gehören, bei denen es aufgrund der Schwere der Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerechtfertigt ist, nicht auf der Überprüfung des Vorliegens der beiderseitigen Strafbarkeit zu bestehen" (EuGH, Advocaaten voor de Wereld VZW, Urt. v. 3. Mai 2007 – Rs. C-303/05, para. 42). Mit Recht skeptisch *Ambos*, (o. Fn. 3), § 12 Rn. 42 („Brüsseler bzw. Luxemburger Phantasmagorie") m.w.N.

[24] *Busemann*, ZIS 2010, 552 (554).

maß der Unterschiede zwischen den jeweils einschlägigen mitgliedsstaatlichen Regelungen zur Beweisgewinnung und -verwertung verschärft werden, liegt auf der Hand[25]: Konsequent angewendet würde ein umfassendes, auf das Anerkennungsprinzip gestütztes Beweisrechtshilfeinstrument aus Sicht Deutschlands als ausstellendem und vollstreckendem Staat, im Verhältnis zu derzeit 26 anderen Mitgliedstaaten, 52 unterschiedliche Kombinationen von Beweiserhebungs- und -verwertungsregelungen entstehen lassen[26]. Vor diesem Hintergrund leuchtet die Zurückhaltung des Deutschen Richterbundes, aus dessen Sicht gegenseitige Anerkennung im Bereich der Beweisrechtshilfe nur dann erfolgen kann, „wenn durch (Teil-) Harmonisierung die nationalen Prozessordnungen soweit angeglichen werden, dass eine problemlose und systemkonforme Übernahme von Beweisen möglich wäre“[27], durchaus ein, und es wird auch darauf zurückzukommen sein, dass selbst das am weitesten greifende aktuell diskutierte Instrument, der Vorschlag einer Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung[28], das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bei Lichte betrachtet gar nicht in allen Punkten konsequent umsetzt, sondern – worin eine (möglicherweise ja durchaus nicht unberechtigte) Art Furcht vor der eigenen Courage anklingt – ausweislich des sechsten Erwägungsgrundes (bei aller Kritik am status quo) „auch der Flexibilität der traditionellen Rechtshilfe Rechnung“ tragen soll.

3 Instrumente und Initiativen

Steckt auch der Teufel im Detail (der je konkreten Instrumente), so kann gleichwohl festgehalten werden, dass bereits vom Grundsätzlichen her einiges daran zweifeln lässt, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung gerade für die Beweisrechtshilfe sonderlich gut geeignet ist. Diese grundsätzlichen Bedenken werden durch die Detailprobleme konkreter Beweisrechtshilfeinstrumente eher noch verstärkt. Belangreich für die Bewertung der im Raum stehenden Initiativen und der möglichen weiteren Entwicklung ist ferner, dass es an praktischen Erfahrungen mit Beweisrechtshilfe auf Basis des Anerkennungsprinzips fehlt[29]: Der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung, die – wie eingangs dargelegt –

---

[25] *Spencer*, ZIS 2010, 602 (603); *Kretschmer*, in: Europäischer Verfassungsvertrag (o. Fn. 15), Art. III-270 Rn. 29 sieht „die vielfältigen Fragen der Beweisgewinnung und -verwertung in den jeweiligen Stadien des Strafverfahrens [in den verschiedenen Mitgliedstaaten] sehr unterschiedlich beantworte[t]“.

[26] Krit. etwa *Kretschmer*, a.a.O. („handgreifliche Gefahr eines evidence shopping“); vgl. auch *Satzger*, (o. Fn. 1), § 10 Rn. 23 („Patchwork-Strafprozesssysteme“), zurückhaltender *ders.* bei § 10 Rn. 36 mit Blick auf den Rb EBA.

[27] Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur belgischen Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (Ratsdok. 9145/10) Nr. 29/10 (2010) vom Juni 2010 (verfügbar unter http://www.drb.de/cms/index.php?id=658, zuletzt besucht am 24. Januar 2011).

[28] Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22).

[29] Vgl. BT-Drs. 17/660, S. 3.

ihrem Anwendungsbereich nach noch ein vergleichsweise weniger weitreichendes Rechtshilfeinstrument darstellen würde, ist allein in Dänemark umgesetzt worden. In Deutschland und den 25 weiteren EU-Staaten ist die Umsetzungsfrist für den Rahmenbeschluss am 19. Januar 2011 verstrichen. Bis zum heutigen Tag ist nicht eine einzige Beweisanordnung ausgestellt worden. Trotz (oder vielleicht auch gerade wegen) der stockenden Umsetzung des Rahmenbeschlusses hatte die Kommission im November 2009 das „Grünbuch über die Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedsstaat" angenommen[30]. Hinter dieser, die scheiternde Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung schon wieder überholenden Initiative, scheint der Gedanke zu stehen, nun Ernst zu machen und das komplexe System der traditionellen Rechtshilfe im Bereich des Beweiserhebungsrechts durch ein einziges Werkzeug auf Grundlage des Anerkennungsprinzips zu ersetzen. Die traditionelle Rechtshilfe stünde nämlich „in dem Ruf, langwierig und ineffizient zu sein"[31]; daher „dürften sich die vorgenannten Schwierigkeiten am besten dadurch lösen lassen, dass die bestehenden Vorschriften für die Beweiserhebung in Strafsachen durch eine einzige Regelung auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ersetzt werden, die alle Beweisarten umfasst"[32]. Die Forschheit dieser Worte wird dann allerdings dadurch relativiert, dass die Vision des Grünbuchs eher vage bleibt, ohne in Richtung eines konkreten Instruments verdichtet zu werden, anhand dessen sich mögliche (praktische) Anwendungsprobleme des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung im Bereich der Beweisrechtshilfe konkret diskutieren ließen[33]. Gleichwohl hat bereits das Grünbuch zum Teil skeptische Reaktionen nach sich gezogen, denen die erwähnten grundsätzlichen Bedenken gegenüber der Übertragbarkeit des Anerkennungsprinzips auf die Beweisrechtshilfe zugrunde liegen: So hat sich die offizielle deutsche Antwort aus dem Februar 2010 mit der Forderung, dass „Regelungen zur Beweiserhebung […] in einer Gesamtbetrachtung des nationalen Rechts zu würdigen [sind]"[34], das zentrale Bedenken gegenüber Beweisrechtshilfe auf der Basis des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zu Eigen gemacht, dass hierdurch systemwidrig-zufällige Kombinationen mitgliedsstaatlicher Beweiserhebungs- und -verwertungsregelungen erzeugt würden. Dabei seien in den Mitgliedstaaten (immer noch) „erhebliche Unterschiede" zwischen den „Mindeststandards für Beschuldigte im Strafverfahren sowie für Dritte" festzustellen; „[s]olche [vergleichbaren] Mindeststandards wären aber zwingend erforderlich, bevor das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in weite Bereiche der Beweisgewinnung ausge-

---

[30] KOM(2009) 624 endg.

[31] KOM(2009) 624 endg., S. 4

[32] KOM(2009) 624 endg., S. 4

[33] Krit. *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (570): „skeletal text, partly confused, which treats roughly issues that would deserve much greater attention and evaluation".

[34] Antworten der Bundesrepublik Deutschland zu den Fragen 5.1 und 5.2 des Grünbuchs v. 26. Februar 2010, S. 3 (verfügbar unter: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf).

dehnt würde“[35]. Hiermit scheint Deutschland bemerkenswerterweise den im Primärrecht angelegten Vorrang gegenseitiger Anerkennung gegenüber der Harmonisierung in Frage zu stellen, indem (zumindest für einen bestimmten Bereich) die „zwingend erforderlich[e]“ Rechtsangleichung als unabdingbare Voraussetzung der Schaffung weiterer Instrumente auf der Basis des Prinzips gegenseitiger Anerkennung gefordert wird. Diese (deutsche) Einschätzung einmal zugrunde gelegt, könnte der Siegeszug des Prinzips gegenseitiger Anerkennung sogar in einer Sackgasse angelangt sein: Auf der einen Seite setzte die Ausdehnung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf das Feld der Beweisrechtshilfe einen ausreichenden Grad der Harmonisierung der Verfahrensregelungen der Mitgliedstaaten voraus, andererseits sieht Art. 82 Abs. 2 S. 2 u. UA 2 b) AEUV nur die Festlegung von Mindestvorschriften über „die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren“ vor, wobei die „Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten [zu] berücksichtig[en]“ sind. Ob die Entwicklung tatsächlich an einem toten Punkt angelangt ist, hängt letztlich aber natürlich von dem Grad an Harmonisierung ab, den man als Grundlage für die gegenseitige Anerkennung mehrheitlich für erforderlich hält. Auch Deutschland hat mit seiner Zustimmung zur Vertragsreform von Lissabon nicht nur den Vorrang gegenseitiger Anerkennung gegenüber der (natürlich mühseligeren, da inhaltliche Auseinandersetzung mit den sich stellenden Sachfragen und substanzielle Wertentscheidungen erfordernden) Straf(prozess)rechtsharmonisierung, sondern auch die Einführung des Mehrheitsprinzips für den Sachbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sanktioniert[36].

4 Einzelfragen und -probleme der Beweisrechtshilfe auf Grundlage gegenseitiger Anerkennung am Beispiel der Europäischen Ermittlungsanordnung

Angesichts dessen besteht Anlass zur Befassung mit den konkret sich ergebenden Detailfragen eines weitreichenden auf dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung fußenden Rechtsinstruments zur Beweisrechtshilfe. Diese nun scheinen so zahlreich, dass im gegebenen Rahmen nur die schwerwiegendsten und für die Übertragung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf den Bereich der Beweisrechtshilfe besonders „repräsentativ“ erscheinenden Problemfelder erörtert werden

---

[35] Antworten der Bundesrepublik Deutschland zu den Fragen 5.1 und 5.2 des Grünbuchs v. 26. Februar 2010 (o. Fn. 34), S. 4.

[36] Vgl. die Bezugnahme auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren u. a. in Art. 82 Abs. 1 UA 2, 2, 83 Abs. 1 UA 1, 2, 87 Abs. 2 AEUV. Allgem. hierzu *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. (2010), S. 158; dazu, dass für die Schaffung eines umfassenden Beweisrechtshilfeinstruments auf der Grundlage des Anerkennungsprinzips nach Art. 82 Abs. 1 AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren einschlägig ist, ohne dass das sog. Notbremseverfahren zur Verfügung stünde, vgl. etwa *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. (2010), Rn. 1035, 1036 ff.

können. Geschehen soll dies anhand des aktuell im Rat behandelten Richtlinienvorschlags einer Europäischen Ermittlungsanordnung, der seit Juni 2011 in einer Fassung vorliegt[37], welche in wichtigen Punkten nicht unwesentlich hinter den ursprünglichen Vorstoß Belgiens, Bulgariens, Estlands, Spaniens, Österreichs, Sloweniens und Schwedens zurückgeht. Wie auch immer die weitere Entwicklung verlaufen wird, liegt der Richtlinienvorschlag von seiner Grundidee her – Vereinfachung der Beweisrechtshilfe nicht durch Straf(prozess)rechtsharmonisierung, sondern durch die Heranziehung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung – mit dem Anliegen des Grünbuchs und mit dem Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung auf einer Linie. Allerdings ist er (in seiner ursprünglichen und aktuellen Form) zum einen wesentlich konkreter als die Ausführungen des Grünbuchs und er geht zum anderen, was die Reichweite des möglichen künftigen Instruments anbelangt, deutlich über die Beweisanordnung hinaus: Abgesehen von gemeinsamen Ermittlungsgruppen soll die Europäische Ermittlungsanordnung gem. Art. 3 Rl-Vorschlag EEA (n.F.) im Prinzip sämtliche Beweiserhebungen bzw. Ermittlungsmethoden umfassen. Das Erfordernis beiderseitiger *Straf*barkeit sollte dabei ursprünglich komplett entfallen[38], während die Rahmenbeschlüsse über den Europäischen Haftbefehl und die Europäische Beweisanordnung vorsehen, dass lediglich unter bestimmten Umständen auf deren Prüfung verzichtet wird.

4.1 Anwendungsbereich

Was nun den Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Instruments im Übrigen unter dem Gesichtspunkt der Verfahren anbelangt, so soll die Ausstellung einer Ermittlungsanordnung sogar bei Ordnungswidrigkeiten möglich sein[39]. Der DRB hat diesbezüglich bereits Bedenken im Hinblick auf die zusätzliche Arbeitsbelastung geäußert[40]. Verwandte Probleme erscheinen absehbar, wo streng am Legalitätsprinzip orientierte Staaten Ersuchen an solche Staaten richten, die großzügigeren Gebrauch vom Opportunitätsprinzip machen. So wird bspw. aus spanischer Sicht berichtet, dass dortige Ermittlungsrichter (im Rahmen traditioneller Rechtshilfe) niederländische Behörden häufig (erfolglos) ersucht haben, Beweise mit Bezug zu solchen Drogendelikten zu erheben, die in den Niederlanden dem Opportunitätsprinzip unterfallen[41]. So misslich diese Friktionen (zumal aus dem Blick-

[37] Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22). Am 9./10. Juni 2011 hat der Rat ausweislich seines Dokuments 11735/11 v. 17. Juni 2011 (überinst. Dossier 2010/0817[COD]), S. 1 „eine partielle allgemeine Ausrichtung zum Hauptteil (Artikel 1 bis 18, einschließlich Artikel Y) des Entwurfs für eine Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen festgelegt"; „mit der Prüfung spezifischer Bestimmungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen, die im verbleibenden Text der Initiative enthalten sind, [soll] fortzufahren [sein]".

[38] Krit. *Brand*, DRiZ 2010, 317.

[39] Vgl. Art. 10 Abs. 1 d) Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22).

[40] Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 27).

[41] Vgl. *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (585) („it has often occured"). Dazu, dass das Legalitätsprinzip im spanischen Strafprozess „keine Ausnahme der Opportunität [kennt]", wohingegen „[i]n den

winkel des ersuchenden Staates) erscheinen, sind sie offenkundig Ausdruck mangelnder Strafrechtsharmonisierung innerhalb der EU und es lässt sich diesbezüglich auch die ökonomische Dimension nicht ausblenden: Ein Staat, der das Opportunitätsprinzip auf bestimmte (ihm als vergleichsweise weniger schwerwiegend erscheinende) strafbare Handlungen anwendet, wird, was die Zuteilung von Ressourcen und die Organisation seiner Strafverfolgungsbehörden anbelangt, naturgemäß eher anderweitige Schwerpunkte setzen. Die sich hierin konkretisierenden kriminalpolitischen Grundentscheidungen der Mitgliedstaaten drohen unterminiert zu werden, wenn ihre zuständigen Behörden in der Rolle von Vollstreckungsbehörden qua gegenseitiger Anerkennung verpflichtet wären, jegliches (minderschwere) Vergehen, auf welches (bei Vorliegen einer reinen Inlandskonstellation) das Opportunitätsprinzip angewendet werden würde, bei Vorliegen einer Ermittlungsanordnung umfassend zu untersuchen.

4.2 Behördenzuständigkeit

Ausgestellt werden soll die Ermittlungsanordnung durch (Ermittlungs-)Richter und Staatsanwälte[42]; des Weiteren enthält der ursprüngliche Richtlinienvorschlag (wie schon der Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisanordnung) eine ausdeutungsfähige Regelung, wonach „jede andere vom Anordnungsstaat bezeichnete Justizbehörde, die in einem Einzelfall in ihrer Eigenschaft als Ermittlungsbehörde in einem Strafverfahren nach nationalem Recht in dem betreffenden Fall für die Anordnung der Erhebung von Beweismitteln zuständig ist“, als Ausstellungsbehörde in Betracht kommt[43]. Hierzu findet sich in den Erläuterungen zum Richtlinienvorschlag die Bemerkung, dass der Begriff Justizbehörde nicht in einem engen Sinne zu verstehen sei[44], und verschiedene EU-Staaten haben zwischenzeitlich erklärt, dass gemessen an ihrem nationalen Recht Polizeibehörden als „Justizbehörden“ im weiteren Sinne des Richtlinienvorschlags in Betracht kämen[45]. Setzt man daran an, dass Polizeibehörden in manchen Mitgliedsstaaten weitreichende eigene Ermittlungsbefugnisse haben, so ist es an sich nur konsequent, im Rahmen eines einheitlichen Rechtsinstruments, das auf die Vereinfachung der Beweisrechtshilfe abzielt, Polizeibehörden nicht als Ausstellungsbehörden auszuschließen. Das Ziel einer durchgreifenden Vereinfachung legt die Schaffung eines einheitli-

---

Niederlanden … grundsätzlich das Opportunitätsprinzip [gilt]“, *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. (2010), Rn. 1378 sowie 1441.

[42] Art. 2 a) i) Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22); Art. 2 c) i) Rb EBA (o. Fn. 11).

[43] Art. 2 a) ii) Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22); Art. 2 c) ii) Rb EBA (o. Fn. 11).

[44] Ratsdok. 9288/10 ADD 1 v. 3. Juni 2010 (überinstitutionelles Dossier 2010/0817[COD]), S. 4: „So kann ein Mitgliedstaat beispielsweise eine Polizeibehörde als Anordnungsbehörde für die mit der EEA verfolgten Zwecke benennen, allerdings nur, wenn diese Polizeibehörde befugt ist, die betreffende Ermittlungsmaßnahme auf einzelstaatlicher Ebene anzuordnen“.

[45] Ratsdok. 13049/1/10 REV 1, S. 3 ff. Deutschland hat bereits angekündigt (a.a.O., S. 4), Anordnungen von Art. 2 a) ii) Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22) unterfallenden Behörden nur dann zu vollstrecken, wenn diese durch eine Justizbehörde i.e.S. des Art. 2 a) i) bestätigt worden sind; in der Sache entspricht dies der Erklärung nach Art. 11 Abs. 5 Rb EBA (o. Fn. 11).

chen Instruments nahe, das den gesamten Bereich der (repressiven) Informations- bzw. Beweiserhebung und den diesbezüglichen Informationsaustausch umfasst[46]. Ein solchermaßen weitgreifender Ansatz muss dabei aber zwangsläufig auf Probleme stoßen, die zum einen die Kompetenzordnung des AEUV betreffen und zum anderen grundsätzlicher strafprozessualer Natur sind: Erstens nämlich differenziert der AEUV mit den Art. 82 ff. einerseits und den Art. 87 ff. andererseits an sich deutlich zwischen justizieller und polizeilicher Zusammenarbeit. Ob ein (auf dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung basierendes) Rechtsinstrument, das Polizeibehörden (als Justizbehörden in einem weiteren Sinne) die Ausstellung von transnational umzusetzenden Ermittlungsanordnungen ermöglicht, die dann ggf. durch andere Polizeibehörden zu vollstrecken wären, in Art. 82 AEUV überhaupt eine kompetenzielle Grundlage hätte, erscheint vor diesem Hintergrund sogar der Kommission nicht ganz sicher, die diesbezüglich (indes auffällig vage) angemerkt hat, dass zumindest „klargestellt werden [sollte], dass der Vorschlag keine Maßnahmen erfasst, die als polizeiliche Zusammenarbeit ausgelegt werden könnten“[47]. Geht man zweitens von der hergebrachten Vorstellung aus, dass justizielle (namentlich: richterliche) Entscheidungen im Vergleich zu Entscheidungen anderer Behörden von gesteigerter Qualität sind, erscheint es aus Sicht der Vollstreckungsbehörde des Weiteren als eher akzeptabel, wenn sie (in der Logik bindender gegenseitiger Anerkennung) gezwungen wäre, blind in die Sachgerechtigkeit einer Ermittlungsanordnung zu vertrauen, soweit diese durch einen Richter (oder zumindest anderweitig justiziell) erlassen worden ist. Eine Gleichbehandlung von justiziellen Entscheidungen und solchen von Polizeibehörden im Kontext transnationaler Beweisgewinnung drängt sich umso weniger auf als selbst in rein nationalen Ermittlungsverfahren bekanntlich (nicht nur in Deutschland) Polizeibehörden für bestimmte Ermittlungshandlungen richterlicher oder zumindest staatsanwaltschaftlicher Autorisierung bedürfen. Das abgestimmte System der Richtervorbehalte bzw. der Erfordernisse staatsanwaltschaftlicher Autorisierung von Ermittlungshandlungen wird durch das Anerkennungsprinzip letztlich ausgehebelt, soweit dieses dazu führt, dass in einem transnationalen Fall entsprechenden Beschränkungen unterliegende Ermittlungshandlungen auf Anordnung einer ausländischen

---

[46] Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40). Der DRB votiert daher auch dafür, die innerstaatliche Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI v. 18. Dezember 2006 („schwedische Initiative“) mit Blick auf ein evtl. zukünftiges umfassendes Rechtsinstrument auszusetzen.

[47] K(2010) 5789 endg., S. 4. Auf Art. 87 ff. AEUV ließe sich (für ein auf dem Anerkennungsprinzip beruhendes umfassendes Beweisrechtshilfeinstrument) wohl nicht zurückgreifen, da die Vorschriften über die polizeiliche Zusammenarbeit (naturgemäß) nicht auf dem „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen“ (Art. 82 Abs. 1 AEUV) beruhen. Angesichts der Dunkelheit der (im Haupttext wiedergegebenen) Worte der Kommission, der weniger das (kompetenzielle) Sachproblem am Herzen zu liegen scheint, sondern eher die (ggf. rasch im Wege einer Klarstellung behebbare) Sorge, wie ein zentrales europastrafrechtliches Instrument „ausgelegt werden könnte[]“, fragt sich der besorgte Beobachter, ob die typisch europastrafrechtliche „Lösungsidee“, die in dem Konstrukt der Justizbehörde i.w.S. ja bereits angelegt ist, Polizeikooperation mit der Begründung, es interagierten (i.R.e. übergreifenden Beweisrechtshilfeinstruments) nun einmal Justizbehörden *im weiteren Sinne* zur justiziellen Zusammenarbeit hochzuzonen, letztlich womöglich weniger kritisiert, sondern vielmehr tastend aufgegriffen wird.

(Polizei-)Behörde, die nach dortigem Recht keinen entsprechenden Beschränkungen unterliegt, vollstreckt werden müssten[48]. Nun könnte man an dieser Stelle einmal mehr mit dem Gesichtspunkt gegenseitigen Vertrauens argumentieren und demgemäß darauf verweisen, dass aufgrund ähnlicher Arbeitsmethoden und der gemeinsamen Zielsetzung der Verbrechensbekämpfung zwischen den Polizeibeamten der 27 EU-Staaten ein „hohes Maß an Vertrauen“[49] besteht. Es erscheint jedoch als zumindest ungeklärt, ob dies eine ausreichende Basis für eine generelle gegenseitige Anerkennung bilden kann. Der Deutsche Bundestag hat insoweit gerade mit Blick auf den belgischen Vorschlag einer Europäischen Ermittlungsanordnung dahingehend Stellung bezogen, dass das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Behörden keine ausreichende Grundlage für die gegenseitige Anerkennung im Bereich des Strafrechts bilden könne, zumal wenn man berücksichtigt, dass gegenseitige Anerkennung in diesem Bereich den Bürger belastet; daher sei das Vertrauen der Bürger (in die Europäische Union und ihre Rechtsakte) die Vorbedingung für die gegenseitige Anerkennung[50]. Soweit in den Begründungserwägungen zu den einschlägigen europäischen Rechtsinstrumenten und auch durch den EuGH unbefangen mit einem zugrundelegbaren „Vertrauen“ zwischen Behörden(angehörigen?) und sogar Staaten argumentiert wird, sei angemerkt, dass die Frage, was der (jedenfalls in einem Kernanwendungsbereich wohl eher konkrete Beziehungen Einzelner beschreibende) Begriff des Vertrauens im Hinblick auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung tatsächlich zu erklären vermag, sicher nicht als fachwissenschaftlich geklärt betrachtet werden kann[51], mag die Dynamik der europäischen „Rechtspolitik“ auch einen anderen Eindruck vermitteln.

Wie auch immer man sich zu der Frage des angeblich immensen wechselseitigen Vertrauens als Basis europastrafrechtlicher Instrumente gegenseitiger Anerkennung auch stellen mag, favorisiert der Rat für die Einbeziehung anderer als Justizbehörden in den Kreis möglicher Anordnungsbehörden inzwischen ein „verbindliches Bestätigungsverfahren“[52]: Soll eine Ermittlungsanordnung durch eine

[48] Der Richtlinienvorschlag selbst sieht keinen Richtervorbehalt für Grundrechtseingriffe vor, vgl. *Brand*, DRiZ 2010, 317; vgl. auch schon *Kretschmer*, in: Europäischer Verfassungsvertrag (o. Fn. 15), Art. III-270 Rn. 28: „Sollte … [in ein Beweisrechtshilfeinstrument auf Basis des Anerkennungsgrundsatzes] die Telefonüberwachung einbezogen werden, müsste Deutschland diese ggf. auf nichtrichterliche Anordnung eines Mitgliedsstaates durchführen …“; Art. 27 Abs. 1 Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22) sieht allerdings für die Fälle der „Erhebung von Beweismitteln in Echtzeit, fortlaufend oder über einen bestimmten Zeitraum“ einen besonderen Versagungsgrund vor und stellt insoweit eine Ausnahme vom Anerkennungsmechanismus dar (vgl. schon o. Haupttext bei Fn. 28).

[49] Vgl. o. N. in Fn. 23.

[50] Beschluss des Deutschen Bundestages v. 7. Oktober 2010, Nr. 8 (verfügbar unter: http://www.strafverteidiger-bayern.de/media/pdf/2010-10-07_Beschluss-BT_EuropischeErmittlungsanordnung.pdf); vgl auch den diesbezüglichen Rechtsausschussbericht: BT-Drs. 17/3234, S. 4.

[51] Ganz zu Recht bemängelt *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (291), „dass die Forschungen zur Grundlage und Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens noch in den Kinderschuhen stecken“.

[52] Ratsdok. 8369/11 v. 5. April 2011 (überinstitutionelles Dossier 2010/0817[COD]), S. 4.

andere als eine Justizbehörde erlassen werden[53], so sieht Art. 5a Abs. 3 Rl-Vorschlag EEA (n.F.) nunmehr vor, dass sie „durch einen Richter, ein Gericht, einen Staatsanwalt oder einen Ermittlungsrichter validiert [wird]".

4.3 Materielle Voraussetzungen einer Ermittlungsanordnung?

Die Ausführungen zu den materiellen Voraussetzungen, die beim Erlass einer Ermittlungsanordnung durch die Anordnungsbehörde beachtet werden müssten, können knapp ausfallen, legt man die ursprüngliche Fassung des Richtlinienvorschlags zugrunde: Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahme ist nicht vorgesehen[54], so dass letztlich die Einschätzung der Anordnungsbehörde, eine bestimmte Maßnahme sei hilfreich, den Mechanismus der Europäischen Ermittlungsanordnung in Gang setzen könnte.

Nunmehr gibt ein im ursprünglichen Vorschlag noch nicht enthaltener Art. 5a Abs. 1 a) der Anordnungsbehörde auf, sich zu „vergewisser[n]", dass „der Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung … für den Zweck der in Art. 4 genannten Verfahren notwendig [ist] und … zu diesem Zweck in einem angemessenen Verhältnis [steht]".

4.4 Verfahren (insbes. Art. 5 f. des Richtlinienvorschlags)

Was das Verfahren bei der Ausfertigung und Vollstreckung einer Ermittlungsanordnung anbelangt, so ist vorgesehen, dass die Ausstellungsbehörde (lediglich) eine „Zusammenfassung" der Gründe liefert, die sie zur Ausfertigung der Ermittlungsanordnung bewogen haben[55]. Insbesondere ist (nach der ursprünglichen Fassung des Richtlinienvorschlags) keine Erklärung erforderlich, dass die gewünschte Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren Fall ohne Auslandsbezug nach dem Recht des Ausstellungsstaates durchgeführt werden könnte und eine diesbezügliche Entscheidung der zuständigen Behörde ergangen ist. Ob dieses schlanke Procedere eine tragfähige Grundlage im Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bzw. in Art. 82 Abs. 1 AEUV findet, lässt sich in Frage stellen[56], zumal nicht recht klar ist, worin eigentlich das Bezugsobjekt eines Akts der Anerkennung im vollstreckenden Staat besteht: Gegenstand gegenseitiger Anerkennung sind gem. Art. 82 Abs. 1 AEUV „Urteile und andere justizielle Entscheidungen", so dass dementsprechend zu klären wäre, worin bei der Europäischen Ermittlungsanordnung

---

[53] Vgl. den Wortlaut des Art. 2 a) ii) Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22) in seiner ursprünglichen und in der aktuell diskutierten Fassung: „andere … Justizbehörde" – „zuständige Behörde".
[54] Krit. etwa *Brand*, DRiZ 2010, 317; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40).
[55] Ausweislich des Annex A scheint man davon auszugehen, dass dies in einem Fünfzeiler möglich ist. Dies mag auch durchaus so sein, bedenkt man, dass eine Prüfung/Erklärung in Bezug auf die Zulässigkeit der angeordneten Maßnahmen nach dem Recht des Staates der Ausstellungsbehörde – wie im Haupttext dargelegt – eben sowenig gefordert ist wie die (Prüfung der) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.
[56] Mit Recht skeptisch: Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40).

(aber auch bereits bei der Beweisanordnung) die *Entscheidung* besteht, die dann durch die Vollstreckungsbehörde „anerkannt" wird[57]. Vergleicht man den Richtlinienentwurf diesbezüglich mit dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, so ergibt sich, dass das Formular zum EuHb der ausstellenden Behörde aufgibt, die „Entscheidung" zu bezeichnen, auf die der Haftbefehl gestützt ist[58], und so ausdrücklich zwischen einer bestimmten Entscheidung (als Bezugsobjekt eines Akts der Anerkennung) und dem EuHb als bloßem Träger bzw. Medium des Vorgangs der Anerkennung differenziert. Eine derartige Identifizierung einer von der Ermittlungsanordnung *unterscheidbaren* „justiziellen Entscheidung" sucht man im Richtlinienvorschlag vergebens, was zwei Deutungen zulassen dürfte: Erstens diejenige, dass es sich bei der gesuchten Entscheidung schlicht um die Ermittlungsanordnung selbst handelt; da nun aber die Ausfertigung einer Ermittlungsanordnung (wie erwähnt) noch nicht einmal die Feststellung bzw. Erklärung voraussetzt, dass die Maßnahme in einem reinen Inlandsfall im Staat der Ausstellungsbehörde angeordnet werden könnte, würde der kommunikative Gehalt der „Entscheidung", die durch die Vollstreckungsbehörde „anzuerkennen" wäre, letztlich kaum erkennbar über die Erklärung hinausgehen, dass eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme aus Sicht der ausstellenden Behörde hilfreich, wünschenswert scheint. Dies erinnerte an das aus der traditionellen Rechtshilfe bekannte Ersuchen, dem der ersuchte Staat nach Maßgabe seines Rechts nachkommt oder eben nicht[59]. Angesichts dessen mag man – im Sinne eines zweiten, alternativen Deutungsversuchs – die Erwägung anstellen, dass der Ausfertigung einer Ermittlungsanordnung stets als eine Selbstverständlichkeit die Prüfung der innerstaatlichen Zulässigkeit der gewünschten Maßnahme durch die Ausstellungsbehörde vorausgeht und diese daher zumindest konkludent erklärt wird. Von einem diesbezüglichen wechselseitigen Vertrauen geht nun aber nicht einmal die Kommission aus, sondern mahnt stattdessen an, dass zumindest im Wege der Voranstellung eines entsprechenden Erwägungsgrundes ausdrücklich gewährleistet werden sollte, dass eine Europäische Ermittlungsanordnung „nicht aus dem alleinigen Grund erlassen [wird], weil sich damit die gesetzlichen Pflichten umgehen lassen, die in der einen Gerichtsbarkeit gelten, in der anderen jedoch nicht"[60]. Klarer noch wäre Art. 82 Abs. 1 AEUV Rechnung getragen, würde der DRB-Vorschlag umgesetzt, die Ausstellung einer Ermittlungsanordnung von der Prüfung der Zulässigkeit der gewünschten Maßnahme in einem vergleichbaren Inlandsfall und einer entsprechen-

---

[57] Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40).
[58] Vgl. lit. b des Annex zum Rb EuHb (o. Fn. 8): „Entscheidung, die dem Haftbefehl zugrunde liegt 1. Haftbefehl oder justizielle Entscheidung mit gleicher Wirkung ... Art: … 2. Vollstreckbares Urteil: … Aktenzeichen: …".
[59] Vgl. o. Fn. 1.
[60] K(2010)5789 endg. v. 10. September 2010, S. 12. Vgl. auch o. Haupttext bei Fn. 26 u. N. zum drohenden „evidence shopping".

den Erklärung der Ausstellungsbehörde abhängig zu machen[61]. Gerade eine solche Prüfung sieht nunmehr Art. 5a Abs. 1b) Rl-Vorschlag EEA (n.F.) vor[62].

4.5 Vollstreckungsverpflichtung und Ablehnungsgründe

Vollstreckungsbehörden sollen (der Logik des Anerkennungsprinzips entsprechend) verpflichtet sein, die Europäische Ermittlungsanordnung „ohne jede weitere Formalität"[63] anzuerkennen und umzusetzen. Anders als es das Grundanliegen der Umstellung der Rechtshilfe auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung an sich nahelegen würde[64], werden die herkömmlichen Rechtshilfehindernisse in diesem Rahmen indes tatsächlich nicht automatisch hinfällig, sondern tauchen im Gewand von mehr oder weniger weitgreifenden Versagungs- oder Ablehnungsgründen dann doch wieder auf[65] und bilden einen neuralgischen Punkt der jeweiligen Rechtsinstrumente. Dieses durchaus bemerkenswerte Phänomen deutet darauf hin, dass die normative Kraft des Prinzips gegenseitiger Anerkennung vielfach eben nicht ausreicht, Sachprobleme zu lösen (oder zumindest zu überspielen), welche typischerweise ihre Wurzel im begrenzten Harmonisierungsgrad der mitgliedsstaatlichen Rechte haben. Die vorgeschlagene Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung macht insoweit keine Ausnahme. Prima facie erscheinen die im ursprünglichen Richtlinienvorschlag vorgesehenen Ablehnungsgründe begrenzt; insbesondere lässt sich kritisieren, dass der Umstand, dass die jeweils begehrte Maßnahme in einem gleichgelagerten innerstaatlichen Fall gar nicht erlassen werden könnte, den ersuchten Staat nur dort zur Ablehnung berechtigen soll, wo es entweder lediglich um Ordnungswidrigkeiten geht oder (gleichsam umgekehrt) gerade eine besonders schwerwiegende Echtzeit-Maßnahme angeordnet wird[66]. Ein drohender Verstoß gegen das Doppelverfolgungsverbot soll keinen Ablehnungsgrund darstellen und ebenso scheint es sich mit (dem Fehlen) der beiderseitigen Strafbarkeit zu verhalten[67]. Indes kommt der Richtlinienvorschlag angesichts der bestehenden Unterschiede zwischen den Beweiserhebungsvorschriften der EU-Staaten nicht umhin, eine Lösung für Fälle zu finden, in denen die begehrte Maßnahme im Vollstreckungsstaat gar nicht geregelt ist, so dass dort ggf. bereits die sachlichen Möglichkeiten für die Vollstreckung fehlten[68]. In diesen Fällen tritt zutage, dass die Frage, wie die (in der Logik gegenseitiger Anerkennung verbindli-

---

[61] Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40).
[62] Danach hat die Anordnungsbehörde hat sich zu „vergewisser[n]", dass „die in der Europäischen Ermittlungsanordnung genannte[n] Ermittlungsmaßnahme[n] … in einem vergleichbaren nationalen Fall unter denselben Bedingungen [hätte] angeordnet werden können".
[63] Vgl. Art. 8 Abs. 1 Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22); ebenso schon Art. 11 Abs. 1 Rb EBA (o. Fn. 11).
[64] Vgl. etwa *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (280).
[65] *Ambos*, ZIS 2010, 557 (560).
[66] Art. 10 Abs. 1 d) Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22); krit. insow. *Brand*, DRiZ 2010, 317.
[67] *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (583).
[68] Vgl. hier etwa *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (609) m.w.N. dazu, dass im Nachbarland Belgien von polygraphischen Untersuchungen im Strafverfahren „häufig Gebrauch" gemacht wird.

che) „Anpassung einer ausländischen Entscheidung nach inländischen Grundsätzen“ erfolgen kann, weitgehend unaufgearbeitet ist[69]. Art. 10 Abs. 1 c) des Richtlinienvorschlags in seiner ursprünglichen Fassung bietet diesbezüglich als Problemlösung an, dass ein Ablehnungsgrund dort, aber auch nur dort entsteht, wo im Vollstreckungsstaat nicht auf eine andere Maßnahme zurückgegriffen werden kann, „die [immerhin!] die Erreichung eines vergleichbaren Ergebnisses ermöglicht“. Entsprechendes soll gelten, wenn die „Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaats zwar besteht, ihre Verwendung jedoch auf eine Liste oder Kategorie von Straftaten beschränkt ist, die die von der Europäischen Ermittlungsanordnung abgedeckte Straftat nicht umfasst“. Bemerkenswerterweise scheint dieser Mechanismus den Mitgliedstaaten (hinsichtlich der Schaffung möglicher Ablehnungsgründe) einen Umsetzungsspielraum an die Hand zu geben, der in der Sache (wohl) sogar das hergebrachte Rechtshilfeerfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit mit umschließt, welches der Richtlinienvorschlag für die Europäische Ermittlungsanordnung (anders als die Rahmenbeschlüsse über den Europäischen Haftbefehl und über die Europäische Beweisanordnung) nicht einmal mehr in Form der unter bestimmten Voraussetzungen entfallenden Prüfung vorsieht[70]: Kann die Vollstreckung nämlich abgelehnt werden, wenn die begehrte Maßnahme in Bezug auf das Delikt, wegen dessen ermittelt wird, im Vollstreckungsstaat *nicht vorgesehen ist*, so spricht einiges dafür, dass die Ablehnung der Vollstreckung erst recht möglich sein muss, wenn die Tat derentwegen ermittelt wird, im Vollstreckungsstaat *überhaupt nicht strafbar ist*[71]! Wie dem auch sei, machen die Interpretationsspielräume, die der ursprüngliche Richtlinienvorschlag bietet, zumindest einmal mehr deutlich, dass gegenseitige Anerkennung an zwangsläufige Grenzen stößt, wo die Rechtslage im Ausstellungs- und im Vollstreckungsstaat sich erheblich unterscheiden; und man kann es als Ausdruck eines schrittweisen Scheiterns des Anerkennungsprinzips an den sich ergebenden Sachproblemen interpretieren, dass das Spektrum der vorgesehenen Ablehnungsgründe im Laufe der Diskussion im Rat deutlich erweitert wurde. In Art. 10 Abs. 1 e) Rl-Vorschlag EEA (n.F.) findet sich jetzt ein Ablehnungsgrund, der dem Ne-bis-in-idem-Grundsatz Rechnung tragen soll, Abs. 1 f) enthält einen Ablehnungsgrund, der den Aspekt der Territorialität mit dem der Straflosigkeit im Vollstreckungsstaat kombiniert, und insbesondere sieht Art. 10 Abs. 1b a) Rl-Vorschlag EEA (n.F.) nunmehr eine freilich denkbar komplizierte Regelung vor, welche unter bestimmten Umständen explizit die Ablehnung der Anordnung ermöglicht, „wenn die Handlung, aufgrund deren die Europäische Ermittlungsanordnung erlassen wurde, nach dem Recht des Vollstreckungsstaats keine Straftat darstellt“[72].

---

[69] *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (289 m. Fn. 42).
[70] Vgl. o. bei Fn. 38.
[71] Überzeugend *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (585).
[72] Dies indes nur, wenn sich die Anordnung weder auf eine weniger eingriffsintensive Maßnahme bezieht (vgl. Art. 10 Abs. 1a Rl-Vorschlag EEA (n.F.) noch eine Listenstraftat zugrunde liegt.

4.6 „Formvorschriften und Verfahren" im Hinblick auf die Vollstreckung (Art. 8 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags)

Transnationale Beweiserhebung stößt (unabhängig davon, ob sie auf dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung beruht oder in Form herkömmlicher Rechtshilfe erfolgt) des Weiteren auf das Problem der Verwertung der erhobenen Beweise. Sie wäre sinnlos, wenn die gewonnenen Beweise in dem ersuchenden Staat bzw. dem Staat der Anordnungsbehörde nicht verwendet werden dürften. Art. 8 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags greift diesbezüglich auf das Forum-regit-actus-Prinzip zurück[73] und sieht demgemäß vor, dass „[d]ie Vollstreckungsbehörde […] die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein[hält], … sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats stehen". Im Hinblick auf den wesentlichen Aspekt der Verwertbarkeit übernimmt der Richtlinienvorschlag (wie zuvor der Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisanordnung[74]) damit bemerkenswerterweise eine Lösung, die im Bereich der Rechtshilfe bereits bekannt ist. Art. 8 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags entspricht der Parallelvorschrift des EU-Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 29. Mai 2000 praktisch wortgleich[75]. Die Umstellung auf das Anerkennungsprinzip führt also in einem weiteren sensiblen Punkt keineswegs aus sich heraus zu einer plötzlichen Problemlösung; stattdessen wären ersuchte Behörden (nach wie vor) gehalten, ausländisches Verfahrensrecht anzuwenden, damit die Verwertbarkeit der transnational erhobenen Beweise gewährleistet ist[76]. Es liegt auf der Hand, dass (auch) diese Problematik mit dem Grad der Übereinstimmung der mitgliedsstaatlichen Rechte steht und fällt und dass der beste Weg, um sicherzugehen, dass im Ausland erhobene Beweise im Inland verwertbar sind, darin bestünde, die jeweils relevanten Teile des Strafverfahrensrechts zu harmonisieren. Aber natürlich ist dieses Ziel wenig realistisch[77].

Eine (freilich radikale) Alternative zu der Forum-regit-actus-Lösung könnte darin liegen, im Sinne einer Kombination des Locus-regit-actum-Prinzips mit dem Anerkennungsprinzip vorzusehen, dass Beweise nach dem Recht des Staates der Vollstreckungsbehörde erhoben werden, und die Gerichte des Staates der Anordnungsbehörde zu verpflichten, die gewonnenen Beweise dann (ohne weiteres) zuzulassen, soweit sie (nach Maßgabe des Rechts des Vollstreckungsstaats) recht-

---

[73] *Busemann*, ZIS 2010, 552 (554).
[74] Art. 12 Rb EBA (o. Fn. 11).
[75] Gem. Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk (o. Fn. 5) „hält der ersuchte Mitgliedstaat die vom ersuchenden Mitgliedstaat ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren ein, …sofern die angegebenen Formvorschriften und Verfahren nicht den Grundprinzipien des Rechts des ersuchten Mitgliedsstaats zuwiderlaufen" ; hierzu *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561).
[76] Vgl. näher zu dieser „einseitige[n] Lösung des ‚Beweisverwertungs- bzw. -erhebungs-Dilemmas'", die „zulasten des Beweiserhebungsproblems" ausfällt, *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (280 ff.).
[77] *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (587).

mäßig erhoben worden sind[78]. Der praktische Vorteil, dass sich keine Notwendigkeit der Fremdrechtsanwendung (bei der Beweiserhebung) ergäbe[79], liegt auf der Hand, und es ließe sich (für die EU-Staaten) darauf verweisen, dass immerhin der Fair-trial-Standard der EMRK EU-weit gilt[80]. Gleichwohl erscheint fraglich, ob das Primärrecht einer derartigen Lösung eine tragfähige Grundlage bereitstellen könnte, da eine solche letztlich auf die Einebnung der bestehenden Unterschiede zwischen den Beweiszulassungsregeln der EU-Staaten hinausliefe, was wohl nicht einmal durch Art. 82 *Abs. 2* AEUV gedeckt wäre, sieht dieser wie bereits erwähnt[81] doch vor, dass „die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt" werden. Eine *Total*vereinheitlichung der Beweiszulassungsvorschriften wäre daher wohl nicht im Wege der Strafprozessrechtsharmonisierung möglich; sie qua gegenseitiger Anerkennung herbeizuführen dürfte sich daher (wohl) auch verbieten und im Übrigen gegen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV verstoßen[82].

4.7 Rechtsmittel und Waffengleichheit

Der Richtlinienvorschlag über die Europäische Ermittlungsanordnung sieht (wie schon der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung) vor, dass durch Betroffene „[d]ie Sachgründe für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung […] nur durch eine Klage vor einem Gericht des Anordnungsstaats angefochten werden können"[83]. Einerseits mag man diese Bürde, die dem Beschuldigten oder anderen bspw. von einer Durchsuchung Betroffenen auferlegt wird, als eine bloße Konsequenz des Anerkennungsprinzips erklären; andererseits ergibt sich angesichts einer (im Vergleich zu den Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen rein-nationaler Strafverfahren) handgreiflichen Schlechterstellung[84], erneut die Frage, ob es nicht ein (tatsächliches) gegenseitiges Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Europäischen Institutionen und Rechtsinstrumente bzw. in die Strafrechtspflege der anderen 26 Mitgliedsstaaten sein muss, das dem Anerkennungsprinzip ein Fundament bietet. Dabei muss weiterhin bedacht werden,

[78] Dies entspräche, worauf *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (588) hinweist, i. Ü. der bereits geübten Praxis des span. Tribunal Supremo. Vgl. demgegenüber *Roger*, GA 2010, 27 (28) zur Praxis der deutschen Gerichte, im Ausland erhobene Beweismittel, deren Zustandekommen nicht dem deutschen Prozessrecht entspricht, nicht kategorisch auszuschließen, sondern i.S. einer „Beweiswürdigungslösung" in ihrem Gewicht differenzierend zu würdigen. Vgl. hier auch *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (281 m. Fn. 16).

[79] Vgl. *Burchard*, in: Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, (o. Fn. 13), S. 275 (283, 286 ff.) dazu, dass Beweisrechtshilfe auf Basis des Anerkennungsprinzips die Notwendigkeit eigener Formen „exekutorische[r] Strafprozessrechtsvergleichung" mit sich bringt.

[80] *Ambos*, ZIS 2010, 557 (562).

[81] Vgl. o. Haupttext bei Fn. 35.

[82] Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40).

[83] Art. 13 Rl-Vorschlag EEA (o. Fn. 22); Art. 18 Abs. 2 Rb EBA (o. Fn. 11).

[84] Vgl. *Brand*, DRiZ 2010, 317 mit dem Bsp. der Durchsuchung einer Wohnung in Deutschland aufgrund einer rumän. Ermittlungsanordnung, deren „Sachgründe" durch Betroffene dann ausschließlich in Rumänien gerichtlich überprüft werden könnten.

dass der Mechanismus der Ermittlungsanordnung in den Fällen, in denen Betroffene Anlass haben, sowohl die Sachgründe der Anordnungsbehörde (bspw. hinsichtlich der Durchsuchung eines Hauses) als auch die Art und Weise der Durchführung der Maßnahme zu beanstanden, zu einer Spaltung des Rechtswegs führt: So müsste sich etwa der von einer hierzulande durchgeführten Durchsuchung betroffene Hauseigentümer (der sogar noch Bürger eines Drittstaates sein könnte) bspw. im Fall einer rumänischen Ermittlungsanordnung hinsichtlich der ihr zugrundeliegenden Erwägungen in Rumänien um Rechtsschutz bemühen; die Umstände Ihrer Durchführung könnten dagegen hierzulande gerügt werden[85]. Zwar soll Art. 13 Abs. 1 Rl-Vorschlag EEA (n.F.) den Mitgliedsstaaten nunmehr ausdrücklich aufgeben, „dafür [zu] sorgen", „dass die Betroffenen Rechtsbehelfe einlegen können, die den Rechtsbehelfen *gleichwertig* sind, die in einem *vergleichbaren* innerstaatlichen Fall zur Anfechtung der betreffenden Ermittlungsmaßnahme zur Verfügung stehen würden"[86], doch wird sich in einem „innerstaatlichen Fall" naturgemäß zumindest keine Notwendigkeit ergeben, gegenüber einer Ermittlungsmaßnahme als solcher vor einem ausländischen und bezüglich ihrer Durchführung vor einem inländischen Gericht um Rechtsschutz nachzusuchen, und allein die Gewährleistung der Verfügbarkeit der im jeweiligen mitgliedsstaatlichen Recht einschlägigen Rechtsbehelfe[87] ändert ohne Weiteres wenig an den besonderen Schwierigkeiten der Interessenwahrnehmung vor den Gerichten eines fremden Staates.

Weitere ähnlich gelagerte Bedenken gegenüber dem Anliegen durchgreifender Vereinfachung der Beweisrechtshilfe auf Basis des Anerkennungsprinzips ergeben sich schließlich hinsichtlich Art. 6 EMRK, zumal der Umstellung auf das Anerkennungsprinzip (bei aller sich dabei aus der Sache ergebenden Probleme) das Bemühen zugrunde liegt, die Effizienz der Strafverfolgung zu stärken: Weder der Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung noch der Richtlinienvorschlag über eine Europäische Ermittlungsanordnung sehen Regelungen vor, die in transnationalen Verfahren der Verteidigung neue Möglichkeiten für eigene Ermittlungen eröffnen oder den Belangen der Verteidigung in anderer Weise Rechnung tragen. Zwangsläufig führt nun der Versuch einer Steigerung der Effizienz der Strafverfolgung zu einer Gefährdung der strafprozessualen Waffengleichheit. Natürlich könnte man zu Gunsten des Richtlinienvorschlags und diesem verwandter Initiativen argumentieren, dass die Vereinfachung und somit Verbesserung der gegenseitigen Rechtshilfe in Strafsachen in der EU ja gerade das Anliegen ist. Der Deutsche Bundestag freilich steht auf dem Standpunkt, dass die weitere Ausweitung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ohne die Umsetzung des „Fahrplans zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Schuldigen in

---

[85] *Brand*, a.a.O.

[86] Hervorh. durch den Verf.

[87] Vgl. hier auch Council Doc. 8474/11, 19 April 2011 (Interinstitutional File 2010/0817[COD]), S. 5: „The principal rule reflected in paragraph (1) of Article 13, is that Member States should ensure the applicability of legal remedies which already exist in their national law".

Strafverfahren“[88] das (bisher geschaffene) gegenseitige Vertrauen unterminieren und sich „daher als kontraproduktiv auswirken [wird]“[89].

5 Schluss

Der Befund fällt nach alldem zurückhaltend aus; das Potenzial des Anerkennungsprinzips sollte (zumindest) für den Bereich der Beweisrechtshilfe nicht überschätzt werden: Ein als umfassend konzipiertes und dabei insoweit auch tatsächlich konsequent ausgestaltetes (Beweis-)Rechtshilfeinstrument auf Basis des Anerkennungsprinzips, das demgemäß ggf. sehr unterschiedliche Maßnahmen, die zudem in den EU-Staaten ggf. nach wie vor sehr unterschiedlich geregelt sind, unter die Klammer eines einheitlichen und vereinfachten procederes zwingt, droht zwangsläufig bestehende (und dabei sachlich durchaus begründete) Differenzierungen zu unterlaufen. Je ambitionierter das Instrument dabei zugeschnitten ist, je weiter also zum einen sein Anwendungsbereich gesteckt und je schlanker (und einheitlicher) zum anderen das vorgesehene Verfahren ausgestaltet wird, desto stärker muss dieser Effekt ausfallen. Soweit man diesen (schwer abzuweisenden) Bedenken nun dadurch Rechnung trägt, dass man im Rahmen eines (an sich auf Vereinheitlichung und Vereinfachung ausgerichteten) Instruments wie der vorgeschlagenen Europäischen Ermittlungsanordnung doch wieder – etwa in Gestalt von Ablehnungsgründen oder durch unterschiedliche Verfahrensweisen für unterschiedlich eingriffsintensive Maßnahmen[90] - Differenzierungen schafft, so wird damit ersichtlich das eigentliche Ziel bei der Umstellung der Beweisrechtshilfe auf das Anerkennungsprinzip – Vereinfachung, Verschlankung, Beschleunigung –, schon wieder ein Stück weit aufgegeben. Dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wirklich das Sachproblemlösungspotenzial enthält, welches seine exponierte Stellung in Art. 82 Abs. 2 AEUV verspricht, erscheint damit angesichts des Prüfsteins der Beweisrechtshilfe zweifelhaft. Dass das klassische Rechtshilfeerfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit, das an sich komplett gestrichen zu sein scheint, bei näherer Betrachtung in der Sache bereits in dem ursprünglichen Vorschlag einer Richtlinie über eine Europäische Beweisanordnung doch wieder im Gewand eines Ablehnungsgrundes auftaucht, lässt sich als spektakulärer Fall der Kapitulation des Anerkennungsprinzips vor einem Sachproblem interpretieren, welches (natürlich) durch den begrenzten Harmonisierungsgrad der mitgliedstaatlichen Straf(prozess)rechte erzeugt wird. Und auch der Diskussionsverlauf im Rat deutet darauf hin, wie gering der Beitrag zur Lösung der sich im Bereich der Beweisrechtshilfe nun einmal ergebenden *Sach*probleme ist, den das Anerkennungsprinzip *aus sich* heraus zu leisten vermag.

[88] ABl. EU C 295 v. 5. Dezember 2009, S. 1.
[89] BT-Drs. 17/3234, S. 5.
[90] Vgl. zu letzterem auch die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (o. Fn. 40).

Tagungsbericht: Europäisches Strafrecht post - Lissabon: (Normalisierungs-)Chancen oder (Verstetigungs-)Risiken? – Das IV. Kriminalwissenschaftliche Kolloquium der Universität Göttingen

Stefanie Bock, Göttingen[1]

Mit in Kraft treten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 hat das Europarecht grundlegende Änderungen erfahren. Diese betreffen nicht zuletzt das (europäische) Strafrecht, da die Kompetenzen der EU in diesem Bereich erheblich erweitert und ergänzt wurden. Vor diesem Hintergrund lud das Institut für Kriminalwissenschaften der Georg-August Universität Göttingen,[2] Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, am 2.7.2010 zum IV. Kriminalwissenschaftlichen Kolloquium. Unter der Überschrift „Europäisches Strafrecht post Lissabon:

---

[1] Dieser Tagungsbericht ist eine aktualisierte Fassung des in ZIS 2011, 266 abgedruckten Beitrags, der auf *Demko/Bock*, JZ 2011, 95 basiert.

[2] Das kriminalwissenschaftliche Institut hat sich der Forschung im nationalen und internationalen Bereich des Strafrechts und seiner Nebengebiete, des Strafprozessrechts sowie der Kriminologie und ihrer Bezugswissenschaften verschrieben. Dieser ganzheitliche Ansatz spiegelt sich in der Organisationsstruktur des Instituts wieder, das sich in vier Abteilungen gliedert: Abteilung für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Leitung von Prof. Dr. *Uwe Murmann*, Abteilung für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug unter Leitung von Prof. Dr. *Jörg-Martin Jehle*, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht unter Leitung von RiLG Prof. Dr. *Kai Ambos* und Abteilung für strafrechtliches Medizinrecht und Bioethik unter Leitung von Prof. Dr. *Gunnar Duttge*.

(Normalisierungs-) Chancen oder (Verstetigungs-)Risiken?“ wurden die strafrechtsrelevanten Neuerungen des europäischen Rechts und ihre Konsequenzen für das (nationale) Strafrecht diskutiert. Als Redner konnten renommierte Experten aus Wissenschaft und Praxis gewonnen werden, namentlich die Professoren *Cornelius Prittwitz*, Universität Frankfurt a. M., *Joachim Vogel,* Universität Tübingen, *Torbjörn Andersson*, Universität Uppsala und *Frank Schorkopf,* Universität Göttingen, Rechtsanwalt Prof. Dr. *Holger Matt,* Frankfurt a.M. sowie Dr. *Wolfgang Hetzer*, langjähriger Mitarbeiter des Europäischen Amts für Betrugsbekämpfung (OLAF).

1 Einführung

Eröffnet wurde die Veranstaltung von RiLG Prof. Dr. *Kai Ambos,* Leiter der Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, der zunächst kurz die vergangenen kriminalwissenschaftlichen Kolloquien Revue passieren ließ. Unter den Mottos „Das Ich und sein Gehirn“[3], „Jugendgewalt – Sind neue Antworten nötig?“[4] und „Recht ohne Regeln – Die Entformalisierung des Strafrechts“[5] seien stets aktuelle und wichtige Themen behandelt worden – eine Tradition, die nun für das europäische Strafrecht fortgeführt werden solle. Damit leitete *Ambos* zum Thema der Tagung über und fasste die wesentlichen Neuerungen des europäischen Rechts zusammen:[6] Nach in Kraft treten des Vertrags von Lissabon finden sich die maßgeblichen Rechtsgrundlagen im reformierten Vertrag über die Europäische Union (EUV)[7] sowie im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)[8]. Die bisherige Säulenstruktur der EU wurde aufgelöst und durch zwei supranationale Bereiche (frühere EG und Justiz und Inneres) und einen quasi-supranationalen Bereich (GASP) ersetzt. Rechtsnachfolgerin der EG ist die mit Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV) ausgestattete EU (Art. 1 UA 3 EUV).

Auch der Bereich der Strafrechtspflege habe erhebliche Änderungen erfahren. So bestimmt Art. 82 Abs. 1 AEUV nunmehr explizit, dass die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruht. Damit sei – so *Ambos* – die Diskussion um die Frage, ob dieser aus dem Binnenmarktrecht stammende Grundsatz auf das Strafrecht übertragen werden könne und solle,[9] obsolet geworden. Vielmehr sei er kraft gesetzgeberi-

[3] *Duttge* (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn – die Herausforderungen der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht, 2009; siehe auch den Tagungsbericht von *Harrendorf,* ZIS 2008, 41.

[4] *Jehle* (Hrsg.), Jugendgewalt – Sind neue Antworten nötig?, erscheint demnächst.

[5] *Murmann* (Hrsg.), Recht ohne Regeln – Die Entformalisierung des Strafrechts, 2011.

[6] Vgl. auch die Übersicht bei *Ambos,* Internationales Strafrecht, 3 Aufl. 2011, § 9 Rn. 2. Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts *Zimmermann*, Jura 2009, 844 ff; *Herlin-Karnell*, eucrim 2010, 59; *Mansdörfer,* HRRS 2010, 11; *Zöller*, ZIS 2009, 343 f.

[7] ABl. EU 2010 C 83/13 (konsolidierte Fassung).

[8] ABl. EU 2010 C 83/47 (konsolidierte Fassung).

[9] Zur Diskussion vgl. *Ambos* (o. Fn. 6), § 9 Rn. 12; *Mitsilegas,* EU Criminal Law, 2009, 116 ff.; *Satzger,* Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 10 Rn. 25; *Vermeulen,* in:

schem Diktat zum zentralen Strukturprinzip des europäischen Strafrechts erhoben worden. Zudem gewährt Art. 82 Abs. 2 AEUV der EU ausdrücklich die Kompetenz zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften jedenfalls[10] in den Bereichen Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis, strafverfahrensrechtliche Garantien des Einzelnen und Opferrechte im Strafverfahren. Auch die Kompetenzen der EU zur Harmonisierung des materiellen Strafrechts (Art. 83 und 325 AEUV) seien erheblich erweitert worden. Dies gelte insbesondere für die in Art. 83 Abs. 2 AEUV normierte Annexkompetenz, die eine Strafrechtsangleichung in jedem bereits harmonisierten Gebiet ermöglicht, sofern dies für die wirksame Durchführung der Unionspolitik unerlässlich ist. *Last but not least* ermächtige Art. 325 Abs. 4 AEUV die EU erstmals zur Schaffung echten supranationalen Strafrechts.

Das BVerfG habe demgegenüber in seinem Lissabon-Urteil[11] versucht, diesem deutlich erweiterten Handlungsspielraum der EU Grenzen zu ziehen. So mahne das Gericht die restriktive Auslegung der neuen Kompetenzvorschriften an[12] und stärke den nationalen Parlamentsvorbehalt, indem es beispielsweise die dynamische Blankettermächtigung des Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV, der es dem Rat ermöglicht, durch einstimmigen Beschluss weitere (neben den in Abs. 1 UA 2 genannten) Kriminalitätsbereiche der Harmonisierung zugänglich zu machen, dem Gesetzesvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG unterstelle.[13] An diesen gegensätzlichen Strömungen zeige sich – so *Ambos* – der Grundkonflikt des europäischen Strafrechts: Supranationalisierung *versus* Bewahrung einzelstaatlicher Souveränität.

2 Lissabon als Chance zur kriminalpolitischen Neubesinnung

Prof. Dr. *Cornelius Prittwitz*, Universität Frankfurt a. M., sieht in der zunehmenden Europäisierung des nationalen Strafrechts nicht nur das Risiko der Verstetigung eines anormalen Zustandes, sondern sogar das einer Verschlechterung. Gerade das Strafrecht sei besonders anfällig für blinden Aktionismus, insbesondere in Form von symbolischer Gesetzgebung. Auf der anderen Seite bestünde aber auch die

---

Fijnaut/Ouwerkerk (Hrsg.), The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union, 2010, 241 ff. alle mwN.

[10] Gem. Art. 82 Abs. 2 lit. d AEUV kann nach einstimmigem Beschluss des Rates und unter Zustimmung des Europäischen Parlaments auch jeder beliebige andere spezifische Aspekt des Strafverfahrens vereinheitlicht werden.

[11] BVerfG NJW 2009, 2267 mit Besprechung u.a. bei *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Böse*, ZIS 2010, 76; *Braum*, ZIS 2009, 418; *Folz*, ZIS 2009, 418; *Heger*, ZIS 2009, 406; *Kubiciel*, GA 2010, 99; *Meyer*, NStZ 2009, 657; *Schorkopf*, EuZW 2009, 718; *Schünemann*, ZIS 2009, 393; unter besonderer Berücksichtigung des Umweltstrafrechts *Reiling/Reschke*, wistra 2010, 47. Vgl. auch die Zusammenfassung bei *Ambos* (o. Fn. 6), § 9 Rn. 3.

[12] BVerfG NJW 2009, 2267 (2288), Ziff. 358 ff.

[13] BVerfG NJW 2009, 2267 (2288 f.), Ziff. 363, (2295) Ziff. 419.

Chance, Rechtsprinzipien zu stärken und einer rationalen, kriminologisch informierten Kriminalpolitik den Weg zu ebnen.

Hierzu will die im April 2008 gegründete *European Criminal Policy Initiative* (ECPI), zu deren Mitgliedern *Prittwitz* gehört, mit ihrem Kriminalpolitischen Manifest[14] einen Beitrag leisten. Ausgehend von den Grundgedanken der (europäischen) Aufklärung, die als gemeinsames europäisches Gedankengut angesehen wird, haben 14 Wissenschaftler aus zehn Mitgliedstaaten der EU Kriterien und Anforderungen an eine vernünftige europäische Kriminalpolitik erarbeitet. Als maßgebliche Grundprinzipien wurden identifiziert: das Erfordernis eines legitimen Schutzzwecks,[15] das *Ultima-ratio*-Prinzip, der Schuldgrundsatz, das Gesetzlichkeitsprinzip (in den Ausprägungen Bestimmtheitsgebot, Rückwirkungsverbot und „lex mitior" sowie Erfordernis eines Parlamentsgesetzes), das Subsidiaritätsprinzip und das Kohärenzprinzip. Anhand dieser bewertete *Prittwitz* die bisherigen strafrechtsrelevanten Aktivitäten der EU und kam zu einem ambivalenten Ergebnis. Einige Rechtsakte würden bereits den Forderungen der ECPI genügen. Als Beispiel verwies *Prittwitz* auf den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Menschenhandels[16]. Dieser wolle verhindern, dass Menschen in Schwächesituationen ausgenutzt und in ihren höchstpersönlichen Rechtsgütern – namentlich körperliche Integrität, Willensfreiheit, sexuelle Selbstbestimmung und Arbeitskraft – verletzt würden. Damit werde der Forderung nach einem legitimen Schutzzweck zweifelsohne Rechnung getragen. Zum Teil bestünden aber noch erhebliche Defizite. Schutzzwecke würden zu vage formuliert, dem *Ultima-ratio*-Prinzip, dem Schuldgrundsatz und dem Subsidiaritätsgrundsatz würde nicht hinreichend Rechnung getragen. Dies gelte beispielsweise für die Rahmenbeschlüsse *zur Terrorismusbekämpfung*.[17]

Als Kernproblem identifizierte *Prittwitz* das Fehlen einer reflektierten europäischen Kriminalpolitik.[18] Es würde immer schneller zum Strafrecht gegriffen, um gesellschaftliche Probleme zu lösen bzw. durch symbolträchtige Akte deren Symptome zu behandeln. Der in diesem Bereich teilweise zu beobachtende blinde Akti-

---

[14] Veröffentlicht in ZIS 2009, 697; dazu *Satzger*, ZRP 2010, 137. In 2011 wurde eine leicht überarbeitete Fassung des Manifests vorgelegt, EuCLR 1 (2011), 86, dazu *Kaiafa-Gbandi,* EuCLR 1 (2011), 7; speziell zu den Punkten Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz *Böse,* EuCLR 1 (2011), 35; zu Subsidiarität und Kohärenz *Asp,* EuCLR 1 (2011), 44.

[15] Kritisch hierzu *Böse,* EuCLR 1 (2011), 35 (37 ff.).

[16] Rahmenbeschluss 2002/629/JI des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. EG 2002 L 203/1. Am 29.3.2010 hat die Kommission einen Vorschlag für den Erlass einer Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Opferschutz sowie zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, KOM (2010) 95 endg. vorgelegt, vgl. hierzu *Hecker,* Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 33 sowie *Brodowski,* ZIS 2010, 376 (382); *ders.,* ZIS 2010, 749 (753).

[17] Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. EG 2002 L 164/3; Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28. November 2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. EU 2008 L 330/21; vgl. hierzu auch *Hecker* (o. Fn. 16), § 11 Rn. 12 ff.; *Zimmermann,* ZIS 2009, 1.

[18] Krit. zur europäischen Kriminalpolitik auch *Kubiciel,* ZIS 2010, 742.

onismus des Gesetzgebers sei Folge der generellen Schwäche des Justizressorts gegenüber dem der inneren Sicherheit. Die positive Aufnahme des Manifests in Wissenschaft und Praxis stimmen *Prittwitz* allerdings durchaus zuversichtlich. Sie zeigten, dass Änderungen möglich seien. Zudem könne mit der zunehmenden Verbreitung der Forderungen der ECPI Marketing für ein vernünftiges Strafrecht betrieben werden. Eine sofortige und grundlegende Änderung der europäischen Kriminalpolitik erwartet *Prittwitz* allerdings nicht. So ist sein abschließendes Fazit eher ernüchternd, wenngleich realistisch: „The security show will go on".

3 Die neuen Europäischen Strafrechtssetzungs- und Harmonisierungskompetenzen als kriminalpolitische Ventile

In seinem Vortrag setzte sich RiOLG Prof. Dr. *Joachim Vogel,* Universität Tübingen, mit drei Fragen auseinander: Welche Handlungsspielräume werden der EU im Bereich des Strafrechts eröffnet? Wie *will* die Union diese nutzen? Wie *sollte* die Union diese nutzen?

Einleitend wies *Vogel* darauf hin, dass die EU im Bereich der Strafrechtspflege eine geteilte Zuständigkeit habe (Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV). Wenn die Union Mindestvorschriften über Straftaten und Strafen erlässt, dürften die Mitgliedstaaten diese nicht mehr im Alleingang – beispielsweise durch eine (nationale) Politik der Entkriminalisierung – unterschreiten. Darüber hinaus hätten die Mitgliedstaaten die Auslegungshoheit über das europäisierte Strafrecht verloren, da Zweifelsfragen dem EuGH im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt werden müssten (Art. 267 AEUV).[19]

Im Anschluss stellte *Vogel* die einzelnen strafrechtsrelevanten Kompetenznormen vor. Insbesondere Art. 83 AEUV räume der EU weitreichende Möglichkeiten zur Strafrechtsharmonisierung ein. Dies gelte insbesondere für die in Abs. 2 normierte Annexkompetenz, die *Vogel* allerdings im Gegensatz zum BVerfG nicht als „gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege",[20] sondern lediglich als Fortentwicklung der bisherigen Rechtslage ansieht.[21] Neu sei allerdings, dass die Harmonisierung durch Richtlinien erfolge und dass im Fall der fehlenden oder mangelhaften Umsetzung ein Vertragsverletzungsverfahren angestrengt werden könne (Art. 258 ff. AEUV). Zudem könne der Rat einen Richtli-

---

[19] Ausführlich zum Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon *Thiele,* EuR 2010, 30.

[20] BVerfG NJW 2009, 2267 (2288), Ziff. 361.

[21] Letztlich hat der EuGH bereits vor in Kraft treten des Vertrags von Lissabon eine Strafrechtsharmonisierungskompetenz als Annex zur Sachregelungsbefugnis bejaht, vgl. EuGH, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. Rat der Europäischen Union,* Urt. v. 13. 9. 2005, Rs. C-176/03, Rn. 48, hierzu *Ambos* (o. Fn. 6), § 11 Rn. 33; *Böse* GA 2006, 211; *Braum,* wistra 2006, 121; *Fromm,* ZIS 2007, 26; *Hecker* (o. Fn. 16), § 8 Rn. 30 f.; *Heger,* JZ 2006, 310; *Rackow,* ZIS 2008, 526.

nienentwurf mit qualifizierter Mehrheit annehmen, der dann auch die überstimmten Mitgliedstaaten binde. Hiergegen könnten sich diese nur durch Auslösung der Notbremse gem. Art. 83 Abs. 3 AEUV wehren – eine schwierige Entscheidung, bei der erhebliche rechtliche und politische Hürden zu überwinden seien.

Mit Blick auf die zweite Frage verwies *Vogel* auf das Stockholmer Programm des Europäischen Rates[22], das die Leitlinien der Union im Bereich der Innen- und Sicherheitspolitik für die Jahre 2010-2014 vorgibt, und den dazugehörigen Aktionsplan der Kommission.[23] Hiernach plane die EU, von ihren erweiterten Kompetenzen zur Strafrechtssetzung umfangreich Gebrauch zu machen, und zwar sowohl im Neben- als auch im Kernstrafrecht. Im Sinne einer übergreifenden, einheitlichen Kriminalpolitik habe der Rat mögliche Orientierungspunkte für Beratungen im Bereich des Strafrechts[24] entwickelt, in denen der *ultima-ratio*-Charakter des Strafrechts[25] sowie die Bedeutung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes[26] betont würden. Zudem solle grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln unter Strafe gestellt werden,[27] wobei Erfolgs- und konkrete Gefährdungsdelikte zu bevorzugen seien.[28] Die Kommission habe sich hierzu zurückhaltend geäußert und plane, ein eigenes „policy paper" zur Strafrechtsharmonisierung vorzulegen.

Dieser kriminalpolitische Dissens führte *Vogel* zur dritten und letzten Frage. Nach seiner Ansicht ist es Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die Einhaltung normativer Vorgaben anzumahnen. Letztverbindlich entscheide allerdings der EuGH über die rechtlichen Grenzen der neugeschaffenen Kompetenznormen. Ob und inwieweit die EU ihre Handlungsspielräume innerhalb des vorgegebenen (rechtlichen) Rahmens ausnutze und in welchen Schritten sie dabei vorgehe, sei aber primär eine Frage der Politik, nicht des Strafrechts.

---

[22] ABl. 2010 C 115/1; vgl. hierzu *Beukelmann,* NJW 2010, 2081 (2083 f.).

[23] Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms v. 20.4.2010, KOM(2010), 171 endg.

[24] Council conclusions on guidelines for future criminal law in EU legislation, 14162/09, 9.10.2009; vgl. hierzu *Brodowski* ZIS 2010, 376 (381).

[25] Orientierungspunkt Nr. 2.

[26] Orientierungspunkte Nr. 1, 2 und 10.

[27] Orientierungspunkt Nr. 6

[28] Orientierungspunkt Nr. 5.

4 Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unter dem Vertrag von Lissabon

Einleitend zeigte Prof. Dr. *Martin Böse,* Universität Bonn, auf, dass dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, das ein wechselseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme voraussetzt,[29] im AEUV – namentlich in den Art. 67 Abs. 3 und 82 – eine wichtige und grundlegende Bedeutung zukommt. Mit Blick auf die Umsetzung dieses Grundsatzes ging *Böse* zunächst auf die gegenseitige Anerkennung im Rechtshilfeverkehr ein. Auch wenn in der Diskussion immer wieder die traditionelle Rechtshilfe der Rechtshilfe auf Grundlage der gegenseitigen Anerkennung gegenüber gestellt würde,[30] so dürfe man nicht übersehen, dass Rechthilfe immer ein gewisses Maß an Anerkennung voraussetze, da der ersuchte Staat akzeptiere, dass das Strafverfahren nicht nach seinem, sondern nach dem Recht des ersuchenden Staats abläuft. Dabei müsse aber die Einhaltung grundlegender Mindeststandards gewährleistet sein, anderenfalls komme eine vorbehaltlose Anerkennung nicht in Betracht. Nach Ansicht *Böses* tragen die europäischen Rechtsakte zur Erleichterung der strafrechtlichen Zusammenarbeit den Grund- und Verfahrensrechten des Beschuldigten durch die Normierung zahlreicher Überstellungs- und Rechtshilfehindernisse Rechnung. Dies gelte namentlich für die Einführung eines europäischen Doppelbestrafungsverbotes – eines Vorbehaltes, der dem traditionellen Rechtshilfeverkehr fremd ist.[31] Zu bemängeln sei allerdings die mit dem primärrechtlichen Kohärenzgebot schwerlich zu vereinbarende Rechtszersplitterung. Es gebe zahlreiche Rechtsakte, die einzelne Rechtshilfemaßnahme regeln würde,[32] sich aber mit Blick auf die jeweils vorgesehenen Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Kooperationspflicht teils erheblich unterscheiden würden. Daher seien Bestrebungen, das Rechtshilferecht durch eine Europäische Ermittlungsanordnung[33] zu vereinheitlichen, grundsätzlich zu begrüßen. Dabei hält *Böse* selbst einen vollständigen Verzicht auf das Erfordernis der gegenseitigen Strafbarkeit nicht *per se* für unvereinbar mit der Rechtsstellung des Beschuldigten.

---

[29] Vgl. nur EuGH, *Strafverfahren gegen Hüseyin Gözütok und Klaus Brügge,* Urt. v. 11.2.2003, verb. Rs. C-187/01und C-385/01, Rn. 33.

[30] Vgl. z.B. *Ambos* (o. Fn. 6), § 12 Rn. 1 ff.; *Klip,* European Criminal Law, 2009, S. 318 ff.; *Satzger* (o. Fn. 9), § 10 Rn. 24.

[31] Das Doppelbestrafungsverbot wirkt grundsätzlich nur innerstaatlich, vgl. nur *Hecker* (o. Fn. 16), § 13 Rn. 2; *Satzger* (o. Fn. 9), § 11 Rn, 92; *Zöller,* FS Krey, 2010, 501 (503).

[32] Vgl. die Übersicht bei *Ambos* (o. Fn. 6), § 12 Rn. 13 sowie *Hecker* (o. Fn. 16), § 12 Rn. 5 ff.

[33] *Belgien/Bulgarien/Estland/Spanien/Österreich/Slowenien/Schweden*, Initiative für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen v. 29.4.2010, Ratsdok. 9145/10; vgl. hierzu *Ambos* (o. Fn. 6), § 12 Rn. 70; *Brodowski,* ZIS 2010, 376 (383); *ders.,* ZIS 2010, 749 (755); *Rackow/Birr*, GoJIL 2010, 1087 (1110 ff.); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 1 (2011), 56.

Anschließend befasste sich *Böse* mit Art. 82 Abs. 2 AEUV, der der EU den Erlass von Mindestvorschriften zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gestattet. Hier eröffne sich insbesondere die Möglichkeit, die (Mindest-)Rechte des Beschuldigten zu harmonisieren. Dabei betonte *Böse* allerdings, dass bereits nach der geltenden Rechtslage Rechtshilfeersuchen bei einem drohenden Verstoß beispielsweise gegen Art. 6 EMRK[34] verweigert werden könnten.[35] Eine Festlegung von Mindestverfahrensrechten sei daher vor allem dann sinnvoll, wenn damit über den durch die EMRK abgesicherten *status quo* hinausgegangen werde. Erforderlich sei insbesondere eine Absicherung des Beschuldigten vor den spezifischen Gefährdungen grenzüberschreitender Verfahren.

Abschließend stellte *Böse* heraus, dass auch der Beschuldigte von der wechselseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen profitieren könne. Dieser Grundsatz läge beispielsweise dem in Art. 54 SDÜ[36] und Art. 50 GrCH[37] normierten Doppelbestrafungsverbot zugrunde. Kontrovers würde allerdings das Verhältnis der beiden Normen zueinander diskutiert – relevant ist dies für die Frage nach Beibehaltung des in Art. 54 SDÜ vorgesehenen Vollstreckungselements.[38]

5 Targeted Sanctions within the EU – How to Enforce Institutionalized Fear and Maintain the Rule of Law

Prof. Dr. *Torbjörn Andersson*, Universität Uppsala, widmete sich in seinem Vortrag einer der wohl umstrittensten Maßnahmen zur Terrorbekämpfung, dem sog. *blacklisting*, bei dem die EU durch unmittelbar geltendes Recht das Vermögen von bestimmten (terrorverdächtigen) Gruppierungen und / oder natürlichen Personen einfriert. Dabei setzte sich *Andersson* zunächst mit den beiden verschiedenen, parallel existierenden Listensystemen auseinander. Das europäisch-autonome *blacklisting*

[34] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2002, BGBl. 2002 II 1054.

[35] Vgl. hierzu auch *Ambos (*o. Fn. 6), § 12 Rn. 43 mwN.

[36] Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2000/C 364/01, ABl. EG 2000 C 364/1. Mit in Kraft treten des Vertrags von Lissabon wurde die Grundrechtecharta rechtsverbindlich im Rang des Primärrechts (Art. 6 Abs. 1 EUV).

[37] Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, BGBl. 1993 II 1010.

[38] Vgl. hierzu LG Aachen, StV 2010, 237; *Ambos (*o. Fn. 6), § 10 Rn. 199; *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179; *Heger*, ZIS 2009, 406 (408); *Reichling*, StV 2010, 237; *Satzger* (o. Fn. 9), § § 10 Rn. 68 sowie die Falllösung bei *Ambos,* Fälle zum Internationalen Strafrecht, 2010, Fall 4 Rn. 31 ff.

basiert auf der Ratsverordnung EG-VO 2580/2001.[39] Hier bestimmt der Rat, wer in die Liste aufgenommen wird. Im Gegensatz dazu wird beim UN-akzessorischen *blacklisting* (EG-VO 881/2002)[40] lediglich die vom UN-Sanktionsausschuss beschlossene Listung bestimmter Personen und Gruppierung umgesetzt. Beide Systeme gleichen sich aber hinsichtlich der Rechtsfolgen: Einerseits müssen die Vermögenswerte der gelisteten Personen durch Einfrierung unbrauchbar gemacht werden, andererseits dürfen diesen keine Gelder oder sonstige wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden.[41]

Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen verdeutlichte *Andersson* die zahlreichen Probleme, die mit diesem Vorgehen verbunden sind. Adressat des *blacklisting* sei die Allgemeinheit, die die Ressourcen des Betroffenen einfrieren müsse; an sie richte sich auch das Bereitstellungsverbot.[42] Die gelistete Person würde hingegen zum bloßen Objekt degradiert. Zudem fehle es dem *listing*-Verfahren an der notwendigen, menschenrechtlich gebotenen Transparenz. Es sei kaum nachvollziehbar, welche Namen aus welchen Gründen auf die jeweiligen Listen gesetzt würden. Darüber hinaus sei es fraglich, ob es für das *blacklisting* in den Jahren 2001/2002 bereits eine hinreichende Rechtsgrundlage gegeben habe.[43] Zumindest insoweit habe sich die Situation aber mit in Kraft treten des Vertrags von Lissabon verbessert. Art. 75 AEUV ermächtigt das Europäische Parlament und den Rat nunmehr ausdrücklich, „durch Verordnungen einen Rahmen für Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen, wozu das Einfrieren von Geldern […] gehören kann“ zu schaffen. Als bedenklich erachtet *Andersson* allerdings die weiterhin begrenzten Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen. Dies gelte –

---

[39] Verordnung 2580/2001 des Rates vom 27. Dezember 2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. EG 2001 L 344/70.

[40] Verordnung 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 467/2001 des Rates über das Verbot der Ausfuhr bestimmter Waren und Dienstleistungen nach Afghanistan, über die Ausweitung des Flugverbots und des Einfrierens von Geldern und anderen Finanzmitteln betreffend die Taliban von Afghanistan, ABl. EG 2002 L 139/9.

[41] Vgl. hierzu auch *Rackow,* Die Polizei 2011, 1 (4); *Meyer/Macke,* HRRS 2007, 445 (446 ff.) mit einer anschaulichen Darstellung der Folgen des *blacklisting* für die Betroffenen.

[42] Vgl. auch die strafrechtliche Absicherung der Listensysteme in Deutschland durch § 34 Abs. 4 Nr. 2 AWG. Hiernach wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer einem im Bundesanzeiger veröffentlichten, unmittelbar geltenden Ausfuhr-, Einfuhr-, Durchfuhr-, Verbringungs-, Verkaufs-, Liefer-, Bereitstellungs-, Weitergabe-, Dienstleistungs-, Investitions-, Unterstützungs- oder Umgehungsverbot eines Rechtsaktes der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union zuwiderhandelt, der der Durchführung einer vom Rat der Europäischen Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik beschlossenen wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme dient.

[43] Diese Frage wurde vom EuGH im *Kadi*-Urteil bejaht, EuGH, *Kadi und Al Barakaat International Foundation v. Rat der Europäischen Union und Kommission*, Urt. v. 3.9.2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Leitsatz 3 und Rn. 206 ff.

auch unter Berücksichtigung der *Kadi*-Entscheidung des EuGH,[44] die immerhin zu einer gewissen Stärkung der Rechte der gelisteten Personen geführt habe – insbesondere für das UN-akzessorische *blacklisting*,[45] da die Entscheidung des UN-Sanktionsausschusses, gegen eine bestimmte Person oder Organisation vorzugehen, letztlich nicht justiziabel sei. Abschließend sprach sich *Andersson* dafür aus, zumindest das auf Geheimdienstunterlagen basierende *blacklisting* abzuschaffen und dafür ggf. die Finanzierung von Terrororganisationen unter Strafe zu stellen.

6 Das Lissabon Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Die Verfassungsbeschwerde als geschärftes Instrument der Verteidigung?

Zu Beginn seiner Ausführungen konstatierte Prof. Dr. *Frank Schorkopf,* Universität Göttingen, dass das Strafrecht eine prominente Stellung im Lissabon-Urteil des BVerfG einnehme. Das Gericht befasse sich ausführlich mit der gesellschaftlichen Bedeutung des Strafrechts, das stets Ausdruck einer demokratischen Entscheidung sein müsse.[46] Der EU billige das BVerfG in diesem besonders sensiblen Bereich nur eine begrenzte Legitimationskraft zu.[47] Die Ausübung strafrechtlicher Kompetenzen berühre den Identitätskern der Verfassung und könne daher nicht ohne weiteres auf die EU übertragen werden. Daher dürften – wie das BVerfG zu Recht ausgeführt habe[48] – die neugeschaffenen Befugnisse der EU zur Strafrechtssetzung und -harmonisierung keinesfalls extensiv ausgelegt werden. Dies gelte insbesondere für die in Art. 83 Abs. 2 AEUV normierte Annexkompetenz,[49] da die hiermit verbundene erhebliche Ausdehnung der Strafrechtssetzungskompetenzen der EU

---

[44] EuGH (o. Fn. 43) mit Besprechung bei *Heun-Rehn,* ELR 2008, 327; *Kämmerer,* EuR 2009, 114; *Kotzur,* EuGRZ 2008, 673; *Rackow,* StV 2009, 721; *Sauer,* NJW 2008, 3685. Beim EU-autonomen *blacklisting* hat es der EuGH den Angeklagten in einem deutschen Strafprozess nunmehr ermöglicht, die Listung einer Organisation, für die sie Spenden gesammelt und weitergeleitet haben sollen, im Wege einer Inzidentrüge gem. Art. 277 AEUV wegen gravierender Begründungsmängel für ungültig erklären zu lassen, wodurch die Grundlage der Anklage entfällt; EuGH, *Strafverfahren gegen E und F,* Urt. v. 29.6.2010, Rs. C-550/09 mit Besprechung bei *Rackow,* Die Polizei 2010, 1 (5) und *Meyer,* NJW 2010, 2397, demzufolge diese Entscheidung auf das UN-akzessorische *blacklisting* übertragen werden könne (2399).

[45] Vgl. hierzu auch *Meyer/Macke,* HRRS 2007, 445 (453 ff.).

[46] BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Ziff. 252 f.

[47] Vgl. BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Ziff. 253: „Die Pönalisierung sozialen Verhaltens ist aber nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar. Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet.“

[48] BVerfG NJW 2009, 2267 (2288) Ziff. 358.

[49] Vgl. hierzu BVerfG NJW 2009, 2267(2288) Ziff. 361 f.

nicht mehr mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vereinbar sei.[50] Umso wichtiger ist es – so *Schorkopf* – dass das BVerfG die Grenzen einer europäischen Strafgesetzgebung deutlich aufgezeigt habe, indem es beispielsweise klargestellt habe, dass der Schuldgrundsatz nicht verhandelbar sei.[51] Zudem verwies *Schorrkopf* darauf, dass sich das BVerfG in Fortschreibung der Solange II Entscheidung[52] vorbehalte, im Rahmen einer *ultra-vires*-Kontrolle zu prüfen, ob die EU ersichtlich Zuständigkeitsgrenzen überschreite bzw. den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes verletze.[53] Es bestehe daher die Möglichkeit, durch die Verfassungsbeschwerde die Integrationsverantwortlichkeit der deutschen Legislative einzufordern. Für Praktiker sei dieser Weg wegen der langen Verfahrensdauer und den geringen Erfolgsaussichten allerdings wenig empfehlenswert.

Diesen Gedanken nahm Rechtsanwalt Prof. Dr. *Holger Matt*, Frankfurt/M, auf, indem er der Verfassungsbeschwerde nur eine untergeordnete Bedeutung für den strafrechtlichen Alltag zusprach. Wenn der Verteidiger das BVerfG anrufen müsse, sei der Fall praktisch schon verloren; die Erfolgschancen seien marginal. Es sei daher nicht im Interesse des Mandanten, es auf eine Verfassungsbeschwerde ankommen zulassen. Diese stelle lediglich die letzte Verteidigungsebene dar. Wichtiger sei, dass die Interessen des Mandanten frühzeitig gewahrt würden, was aus *Matts* Sicht bei grenzüberschreitenden Verfahren bzw. Ermittlungen insbesondere voraussetzt, dass die Verteidigung in allen beteiligten Ländern vor Ort ist und aktiv agiert. Eine (länderübergreifende) Zusammenarbeit von Verteidigern hält *Matt* in solchen Situationen für unentbehrlich. In der Praxis würden häufig grundlegende Garantien der EMRK nicht eingehalten. Dies sei eine wichtige Verteidigungslinie: der Verteidiger müsse die Einhaltung der Konvention einfordern und auf Verstöße hinweisen. Eine gegenseitige Anerkennung von Rechtsakten dürfe nicht in Betracht kommen, wenn grundlegende Menschenrechte nicht gewahrt wurden. Misslich sei insbesondere, dass es an europaweit einheitlichen Mindeststandards fehle. So seien zentrale Bereiche wie das Recht auf Hinzuziehung eines Anwalts, das Akteneinsichtsrecht und das Recht zu Schweigen in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. Während die grenzüberschreitende Strafverfolgung stetig gestärkt und Hindernisse zunehmend beseitigt würden, fehle es im Bereich der Beschuldigtenrechte an einer vergleichbaren Entwicklung. So sei es erst 2010 gelungen, europaweit das Recht auf Hinzuziehung eines Dolmetschers und Übersetzung im Strafverfahren,[54] also das elementare Recht, die vorgebrachten Anschuldigun-

[50] Ähnlich auch die Kritik bei *Ambos* (o. Fn. 6), § 9 Rn. 5; *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 (403).

[51] BVerfG NJW 2009, 2267 (2289) Ziff. 364.

[52] BVerfGE 73, 339.

[53] BVerfG NJW 2009, 2267 (2272) Ziff. 240.

[54] Vgl. die mittlerweile in Kraft getretene Richtlinie 2010/64/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in

gen verstehen zu können, festzuschreiben. Dass dies als großer Erfolg gefeiert würde, zeige, welch großer Nachholbedarf hinsichtlich der Etablierung einheitlicher Mindestgarantien bestehe. Dies schwächt nach Auffassung von *Matt* den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, da das hierfür notwendige Vertrauen in die Rechtsordnungen der jeweils anderen Mitgliedstaaten erschüttert würde.

7 Praktische Anmerkungen, insbesondere zu OLAF

Zum Abschluss gab Dr. *Wolfgang Hetzer*, der seit Jahren für das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF) tätig ist, einen anschaulichen Einblick in den Arbeitsalltag einer europäischen Institution. Das im Jahr 1999 gegründete Ermittlungsamt[55] ist primär für Untersuchung von Betrug, Korruption und anderen rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zuständig. Rechtlich gesehen ist OLAF von der Kommission unabhängig,[56] allerdings bestehen – so *Hetzer* – im gewissen Rahmen finanziellen Abhängigkeiten. Schwierigkeiten ergäben sich auch aus der hybriden Natur des Amtes: dieses solle Betrug zu Lasten der EU bekämpfen und entsprechende Ermittlungen anstellen, deren Ergebnisse auch in Strafverfahren Verwendung finden sollen,[57] sei aber keine Strafverfolgungsbehörde. Zudem solle OLAF Informationen für präventive, strategische Zwecke sammeln, sei aber kein Nachrichtendienst. Darüber hinaus zeigte *Hetzer* auf, welche neuen Herausforderungen durch die Finanzkrise auf OLAF zugekommen sind und wie das Amt sich diesen stellen könne.

8 Diskussion und Fazit

Die abschließende Podiumsdiskussion konzentrierte sich auf die Grundsatzfragen, ob das von der EU postulierte gegenseitige Vertrauen in die Strafrechtssysteme der anderen Mitgliedstaaten tatsächlich bestehe, ob dieses zwingende Voraussetzung einer weiteren Europäisierung der nationalen Strafrechtsordnungen sei und wie man das wechselseitige Vertrauen ggf. stärken könne. Eins zeigte sich deutlich: Auch wenn die Frage, ob der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf das Strafrecht übertragen werden kann und soll, durch den AEUV beantwortet wurde, bedeutet dies keinesfalls das Ende aller Diskussionen. Vielmehr verschiebt sich lediglich der Fokus auf die praktische Umsetzung des Grundsatzes und sein Ver-

---

Strafverfahren, ABl. EU 2010 L 280/1; dazu *Brodowski,* ZIS 2010, 397 (382); *Cras/de Matteis,* eucrim 2010, 153.

[55] Beschluss der Kommission vom 28. April 1999 zur Errichtung des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF), 1999/352/EG, EGKS, Euratom, ABl. EG 1999 L 136/20.

[56] Vgl. hierzu auch *Ambos* (o. Fn. 6), § 13 Rn. 1.

[57] Zu diesem nicht unumstrittenen Punkt siehe vertiefend *Hetzer*, Eur.J. Cr. 2006, 28, *González-Herrero González/Madalina Butincu*, eucrim 2009, 90.

hältnis zur Strafrechtsharmonisierung. Durch den Vertrag von Lissabon wurden die Kompetenzen der EU im Bereich der Strafrechtspflege erheblich erweitert: Die nächsten Jahre werden zeigen, ob die EU die damit verbunden Chancen zu nutzen und die Risiken zu bewältigen weiß.

Liste der Autoren und Mitwirkenden

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und internationales Strafrecht, Leiter der Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Richter am Landgericht Göttingen

Prof. Torbjörn Andersson ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Dekan der Juristischen Fakultät an der Universität Uppsala

Dr. Stefanie Bock ist Habilitandin am Lehrstuhl von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

Prof. Dr. Martin Böse ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Universität Bonn

Prof. Dr. Bernd Hecker ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozess, Kriminologie und Rechtsphilosophie an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

Prof. Dr. Peter Rackow ist Leiter des Fachgebiets 06 – Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik – an der Deutschen Hochschule der Polizei Münster

Prof. Dr. Frank Schorkopf ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Völkerrecht und Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen

ROLG Prof. Dr. Joachim Vogel ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches Straf- und Strafprozessrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen und Richter am Oberlandesgericht Stuttgart

Das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat auch für das europäische Strafrecht erhebliche Änderungen mit sich gebracht: Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wurde zum zentralen Strukturprinzip erhoben und die Kompetenzen der EU zur Strafrechtsharmonisierung erheblich erweitert. Zudem soll nach überwiegender Ansicht die EU nunmehr auch erstmals zur Schaffung echten supranationalen Strafrechts ermächtigt sein. Den Gegenpol zu dieser zunehmenden Supranationalisierung des Strafrechts bildet – zumindest aus deutscher Sicht – die Rechtsprechung das BVerfG, das in seinem Lissabon-Urteil versucht, diesem deutlich erweiterten Handlungsspielraum der EU Grenzen zu ziehen. Der vorliegende Band will Wege aufzeigen, wie dieses Spannungsfeld zwischen Europäisierung und Bewahrung einzelstaatlicher Souveränität in dem besonders sensiblen Bereich des Strafrechts gelöst oder zumindest entschärft werden kann. Ziel muss es sein, die mit der Erweiterung der strafrechtlichen Kompetenzen der EU verbundenen Risiken zu bewältigen und die sich eröffnenden Chancen zu nutzen. Die Beiträge sind überwiegend aus dem IV. Kolloquium des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen (2. Juli 2010) hervorgegangen, wurden z.T. aber auch exklusiv für diesen Band erstellt.



Universitätsverlag Göttingen

ISBN: 978-3-86395-021-7
ISSN: 1864-2136